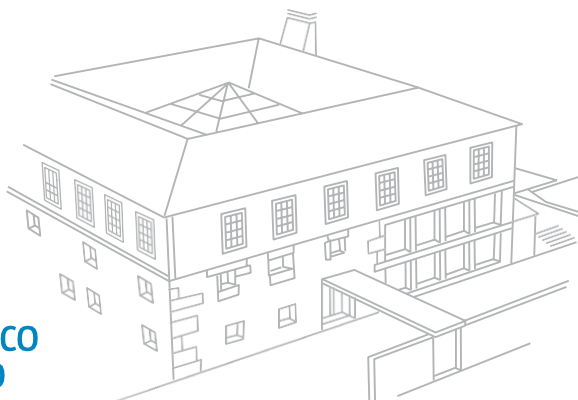


ESTGF | **POLITÉCNICO
DO PORTO**



ESCOLA SUPERIOR DE TECNOLOGIA E GESTÃO

A Fiscalização e as Consequências do Defeito da Obra – Contrato de Empreitada

DESIGNAÇÃO DO MESTRADO

Mestrado em Solicitadoria

AUTOR

Rúben Emanuel Carvalho Ferreira

ORIENTADOR(ES) Professor Doutor Sérgio Miguel Tenreiro Tomás

A NO

2018

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste projeto avançado, jamais seria possível, sem ajuda e apoio de um conjunto de pessoas que me rodeiam e às quais pretendo deixar aqui o meu agradecimento.

Em primeiro lugar, quero agradecer aos meus pais e irmãos por acreditarem sempre em mim e por me concederem a oportunidade de concluir mais uma etapa da minha vida.

Quero também agradecer à Isabel, minha namorada, pelo apoio incondicional e incansável que foi muito importante para mim ao longo do meu percurso académico.

Agradecer também a todos os meus colegas por toda ajuda e momentos vividos nos últimos dois anos.

Não poderia terminar sem deixar uma palavra de agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor Sérgio Tenreiro Tomás, por toda ajuda e conhecimento transmitido não só ao longo da elaboração deste projeto avançado como também ao longo destes dois anos de mestrado.

RESUMO

A área dos contratos é bastante pertinente e atual permitindo estabelecer direitos e obrigações que vinculam as partes contratantes. Deste modo, essa importância traduz-se não só a nível académico - através do estudo dos vários tipos de contratos existentes - como também a nível profissional e pessoal.

De entre os vários tipos de contratos civis consagrados, o contrato de empreitada tem um papel destacado e bastante importante no comércio jurídico, pois não só está ligado à construção de edifícios, como também, a uma panóplia de outras intervenções, como por exemplo a construção e reparação de outros bens móveis e imóveis.

Este projeto avançado debruça-se principalmente sobre a temática do direito de fiscalização no âmbito do contrato de empreitada, sendo um dos direitos concedidos ao dono da obra, tendo este por objetivo garantir que aquele decorra conforme o que foi consagrado pelas partes.

Por fim, para possibilitar uma melhor compreensão deste Instituto iremos recorrer à doutrina e à jurisprudência mais relevante acerca desta questão.

Palavras-chave

- Contrato de Empreitada
- Direitos do Dono da Obra
- Direito de Fiscalização

ABSTRACT

The area of contracts is quite appropriate and current allowing the establishment of rights and obligations which bind the contracting parties. Thus, that importance is reflected not only at an academy level – through the study of the several types of existing contracts – but also at a professional and personal level.

Among the several types of civil contracts established, the works contract has a major role and quite important in the legal trading, since it is not only related to the construction buildings, but also, to a multiplicity of other interventions, such as the construction and repair of other assets, either property or estate.

This advanced project focuses mainly on the theme of the right to oversee the works contract, being this one of the rights granted to the construction owner, having the aim to guarantee that this contract runs according to what was established by the parties.

Finally, in order to ensure a better understanding of this Institute we will resort to the most relevant doctrine and jurisprudence regarding this matter.

Keywords

- Works Contract
- Rights of the Construction Owner
- Right to oversee

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE EMPREITADA	12
1. CONTRATO DE EMPREITADA NO DIREITO ROMANO	12
2. DIREITO PORTUGUÊS.....	13
2.1. <i>Código Comercial Portuguez de 1833</i>	13
2.2. <i>Código Civil de 1867</i>	14
2.3. <i>Atual Código Civil</i>	16
II – CONCEITO DE OBRA À LUZ DO ARTIGO 1207.º	17
1. CONCEITO DE OBRA	17
2. CONCEITO DE OBRA NO ÂMBITO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	18
III – OS DIREITOS DO DONO DA OBRA	25
1. DIREITO DE AQUISIÇÃO E RECEÇÃO DA OBRA.....	25
2. AS REGRAS DA ARTE NO CONTRATO DE EMPREITADA	26
3. A RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO EM CONJUNTO COM TERCEIROS	29
4. O ALCANCE DA BOA-FÉ DO EMPREITEIRO	30
IV – O DIREITO DA FISCALIZAÇÃO DA OBRA	35
1. NOÇÃO DO DIREITO DA FISCALIZAÇÃO DA OBRA.....	35
2. PROBLEMÁTICAS DO DIREITO DA FISCALIZAÇÃO DA OBRA.....	38
2.1. <i>Cedência do direito de fiscalizar a terceiros</i>	38
2.2. <i>A imperatividade do direito de fiscalização</i>	40
2.3. <i>A boa fé do dono da obra no uso do direito de fiscalização</i>	42
V – DENÚNCIA DO DEFEITO	43
1. FACTOS DE IRRESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO	43
2. DENÚNCIA DOS DEFEITOS	45
3. ELIMINAÇÃO DOS DEFEITOS E REALIZAÇÃO DE OBRA NOVA	48
4. REDUÇÃO DO PREÇO E RESOLUÇÃO DO CONTRATO	52
5. DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO.....	54
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	62
JURISPRUDÊNCIA	63

LISTA DE ABREVIATURAS

art.	Artigo;
art.s	Artigos;
n.º	Número;
p.	Página;
Proc.º	Processo;
s.n.	Sem nome;
ss.	Seguintes;
ed.	Edição;
Vol.	Volume;
CC	Código Civil;
CCPub	Código dos Contratos Públicos;
CCP	Código Commercial Portuguez;
CS	Código de Seabra;
STJ	Supremo Tribunal de Justiça;
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra;
TRE	Tribunal da Relação de Évora;
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa;
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães.

INTRODUÇÃO

Para compreender o desenvolvimento do contrato de empreitada é necessário, em primeiro lugar, recuar à época Romano mais concretamente ao Direito Romano privado. No Direito Romano privado este contrato era denominado por “*Locatio Conductio*”. A *locatio conductio* consistia num conjunto de modalidades, tais como: a *locatio conductio rei* que era utilizada para classificar o contrato de locação; a *locatio conductio operarum* que era utilizada para classificar o contrato de prestação de serviços e trabalho e em último lugar surgiu a *locatio conductio operis faciendo* que era designada para classificar o contrato de empreitada.

Na legislação portuguesa o contrato de empreitada começou por ser desenvolvido no Código Commercial Portuguez (CCP) de 1833 nos artigos 512.º a 525.º. Este contrato era denominado por locação condução. Podemos verificar que, na época em questão, este contrato ainda não era designado por contrato de empreitada.

Posteriormente, este contrato surgiu regulamentado no Código de Seabra (CS) sendo que este código autonomizou a empreitada da locação, integrando o contrato de empreitada no contrato de prestação de serviços. A principal inovação deste regime, em relação ao regime previsto no CCP, é que este contemplava, pela primeira vez, o direito de retenção.

No atual Código Civil (CC) o regime de empreitada está previsto no artigo 1207.º a 1230.º, sendo considerado uma das modalidades do contrato de prestação de serviços. O contrato de depósito e o contrato de mandato estão, também, inseridos na modalidade supramencionada. Com o crescente desenvolvimento da construção civil o legislador sentiu a necessidade de regulamentar o contrato de empreitada. Como pontos inovadores, podemos constatar, que o legislador português decidiu inserir neste regime os direitos e deveres das partes, surgindo daí, o direito de fiscalização, que é o tema primordial deste projeto avançado.

De acordo com o disposto no artigo 1207.º, o contrato de empreitada “*é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço*”. A expressão “*certa obra*”, exposta neste artigo, tem gerado bastante controvérsia entre a doutrina, como também, entre a jurisprudência. A questão central desta problemática é em saber se é possível considerar as obras incorpóreas – como por exemplo um parecer dado por um advogado, ou um diagnóstico de um médico – uma empreitada. Para a

generalidade da doutrina¹ as obras incorpóreas não podem ser consideradas uma empreitada, visto que, estaríamos a criar uma categoria “*demasiadamente ampla e imprecisa*”² e o contrato de empreitada iria, desta forma, abranger todo o conteúdo do contrato de prestação de serviços. Para além disso, defendem os autores que do contrato de empreitada é sempre necessário obter um resultado material. Esta corrente defende a tese, que da obra incorpórea ou intelectual não é obtido um resultado material, sendo que, na opinião dos mesmos, não se pode considerar um resultado material o suporte em que se baseia a obra incorpórea. Em sentido diverso, estão Ferrer Correia e Henrique Mesquita que defendem que o artigo 1207.º do CC abrange as obras corpóreas e as obras incorpóreas³. Estes autores defendem que o legislador, no momento da criação do regime da empreitada, não estabeleceu nenhuma restrição relativamente às obras incorpóreas.

Este estudo irá sobretudo debruçar-se sobre os direitos do dono da obra, com especial enfoque, no direito de fiscalização do mesmo. O primeiro direito presente na esfera jurídica do dono da obra é o direito de aquisição e receção da obra, pois um dos principais interesses do comitente ao celebrar um contrato de empreitada é adquirir e receber a obra que encomendou ao empreiteiro. Segundo o artigo 1208.º do CC, “*o empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato*”. Podemos concluir, com a leitura deste artigo, que o empreiteiro tem a obrigação de produzir determinado resultado cumprindo com o plano convencionado pelas partes e não diminuindo o valor desta ou colocar em causa a sua aptidão.

O segundo e último direito previsto na esfera jurídica do comitente, é o direito de fiscalização da obra. Este direito está previsto no artigo 1209.º do CC, tendo apenas sido adicionado no atual CC. Refere o artigo 1209.º n.º1 do CC, que “*o dono da obra pode fiscalizar, à sua custa, a execução dela, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada*”. Apesar de ser um direito pertencente ao dono da obra este tem o dever de não perturbar o andamento ordinário da empreitada. O direito de fiscalização detém uma

¹ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 865; MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.387; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 11ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.463.

² MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.387.

³<https://portal.oa.pt/upl/%7B2182be5b-7276-427b-9fa2-46f3cd64c2de%7D.pdf> [Consult. 17 dezembro 2017].

importância bastante significativa, visto que, é uma das principais características do contrato de empreitada. Através deste direito, o dono da obra pode acompanhar o desenvolvimento da empreitada encomendada, bem como, verificar se o plano convencionado pelas partes está a ser cumprido com o devido rigor.

A importância deste direito no contrato de empreitada faz a ponte perfeita para explicar a principal problemática em torno do direito da fiscalização. Uma parte da doutrina⁴ é da opinião que este direito nunca pode ser afastado pelas partes, sendo que qualquer cláusula que imponha este fim terá que ser considerada nula. Estamos, portanto, perante uma norma injuntiva. Na opinião destes se fosse possível afastar este direito, o dono da obra, perderia a possibilidade de acompanhar o desenvolvimento da obra. Tal como foi referido anteriormente, o direito de fiscalização da obra é uma das principais características do contrato de empreitada, pelo que, ao retirar este direito da esfera jurídica do comitente deixaríamos de estar perante um contrato de empreitada, mas sim perante um contrato de venda de bens futuros.

Por outro lado, Romano Martinez detém uma perspetiva contrária defendendo que as partes têm a possibilidade de afastar este direito⁵. O autor refere que através deste direito, o dono da obra, poderá ficar a conhecer de determinados segredos industriais que até ao momento não tinham sido revelados. Por esta razão, Romano Martinez, coloca ao livre-arbítrio das partes a possibilidade de estes optarem por retirar, manter ou limitar o direito de fiscalização. As partes podem apenas limitar este direito escolhendo determinados períodos para ser realizada a fiscalização, para dessa forma, o empreiteiro não sair prejudicado.

Para terminar, é importante referir neste estudo os direitos do dono da obra no âmbito da denúncia dos defeitos, uma vez que após a explicação do conceito da fiscalização da obra é relevante referir quais as consequências da existência de defeitos na empreitada. Desta forma, irão ser analisados os artigos relativos à denúncia dos defeitos presentes no CC.

Em suma, para desenvolvimento deste projeto avançado recorreremos à doutrina e à jurisprudência mais relevante no âmbito do contrato de empreitada, sendo que, é marcada

⁴ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.275; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 11ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.467; LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p.867; SERRA, Vaz – *Empreitada, Boletim Ministério da Justiça*, n.º 145, Lisboa: (s.n.), 1965, p. 130.

⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.370.

uma posição por partes dos autores em cada capítulo. Simultaneamente, o principal objetivo deste estudo é dar a entender ao leitor as diferentes posições tomadas pela doutrina e pela jurisprudência acerca das temáticas abordadas.

I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE EMPREITADA

1. CONTRATO DE EMPREITADA NO DIREITO ROMANO

O contrato de empreitada começou a ser desenvolvido na época Romana, surgindo no Direito Romano privado denominado por “*Locatio Conductio*”. A *locatio conductio* consistia num conjunto de três modalidades que eram: o contrato de locação, o contrato de prestação de serviços e de trabalho e, por último, o contrato de empreitada⁶. O contrato de locação era designado por *locatio conductio rei*; o de prestação de serviços e de trabalho por *locatio conductio operarum*; e, finalmente, o contrato da empreitada por *locatio conductio operis faciendo*. Desta forma, podemos verificar que no direito romano privado o contrato de empreitada era uma modalidade do contrato de locação.

No que se refere à fiscalização, naquela época, não era estabelecido em concreto o termo fiscalização, existia sim, a possibilidade - depois da obra estar realizada - de o dono da obra ou um herdeiro do mesmo, efetuar um exame para aprovação ou não da obra. Este mecanismo designava-se de *probatio operis*⁷ em que o comitente efetuava exame à obra concluída para verificar se o plano convencionado entre as partes tinha sido bem executado. Depois de realizada a empreitada o dono da obra efetuava a referida inspeção e aprovava (*probatio*) ou não aprovava (*improbatio*) a obra. Com a aceitação da mesma vencia-se a obrigação e o dono da obra teria que efetuar o pagamento do preço acordado entre as partes. Como referido anteriormente, o comitente poderia não aprovar a obra (*improbatio*) e, desta forma, este tinha a possibilidade de recorrer à *actio locati*.

Este mecanismo era utilizado sobretudo em três situações, tais como: não aprovação da obra depois de realizada a inspeção; atrasos na realização da empreitada; danos causados na empreitada no decorrer da execução do contrato.⁸ Em qualquer uma destas situações, o dono da obra, recorria ao mecanismo referido para poder obter do empreiteiro uma compensação de cariz indemnizatório designada por *condemnatio pecuniaria*.

⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.346.; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 11ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.455.

⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.353.

⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.54.

Por último, se as partes decidissem não estipular no início do contrato um preço para a empreitada, a *probatio operis*, tinha como objetivo verificar se o plano convencionado entre as partes tinha sido devidamente cumprido, como também, medir ou contar as unidades produzidas para, deste modo, ser determinado o preço final a pagar pelo comitente.

2. DIREITO PORTUGUÊS

2.1. Código Comercial Portuguez de 1833

Na legislação portuguesa este contrato apenas surgiu regulamentado em 1833 no CCP nos artigos 512.º a 525.º⁹, denominado por *locação-condução*. Porém, não existia a figura da empreitada tal como existe no atual Código Civil (CC). De acordo com o artigo 512.º do CCP, o contrato de locação condução consistia em uma das partes obrigar-se a dar a outra, por certo tempo e por determinada quantia, o gozo de uma coisa ou do seu trabalho. Estava previsto no artigo 515.º do CCP que o empreiteiro poderia convencionar fornecer apenas o seu trabalho ou indústria. Contudo, tinha a possibilidade de fornecer também os materiais, mas neste caso o contrato era denominado por empreitada.

As situações relativas ao risco eram, também, reguladas no artigo 516.º e seguintes do CCP. Se a obra da empreitada de algum modo percesse - e ainda não tivesse sido entregue ao dono da obra - a culpa corria por conta do empreiteiro, mas apenas decorria assim se o dono da obra não estivesse em mora. Caso o empreiteiro fornecesse apenas o trabalho ou indústria, só respondia pelo perecimento culposo de acordo com o artigo 517.º do CCP.

No artigo 519.º do CCP é referido que se a obra parecer, parcial ou totalmente, por defeito da construção o empreiteiro é responsabilizado pelas perdas e danos do proprietário. Estava previsto no artigo 523.º do CCP que o empreiteiro responde pelos factos cometidos pelas pessoas que contrata para a realização da empreitada.

Tal como está previsto no atual CC, as partes podiam resolver ou extinguir o contrato de empreitada. Assim, conforme com o artigo 521.º do CCP, o comitente pode pôr termo ao contrato desde que indemneze o empreiteiro por todas as despesas e trabalho que tenha despendido, como também por tudo o que poderia ganhar com a execução e entrega da obra.

⁹ UNIVERSIDADE, Imprensa da – *Código Commercial Portuguez*. Coimbra: [s.n] 1879, p. 81-83.

Para concluir, em nenhuma disposição do presente código era feita menção ao direito de fiscalização do dono da obra. Iremos verificar, posteriormente, que este direito surgiu recentemente na legislação portuguesa.

2.2. Código Civil de 1867

Posteriormente, o contrato de empreitada foi regulamentado em 1867 no CS, neste código o regime de empreitada não era muito diferente do atual CC. No CS o contrato de empreitada estava previsto na Secção III do Capítulo IV do Título II do Livro II nos artigos 1370.º e seguintes¹⁰. A definição do contrato de empreitada prevista no artigo 1396.º do CS, como já foi referido anteriormente, é bastante parecida com a definição prevista no artigo 1207.º do atual CC, assim: “*Dá-se o contrato de empreitada, quando algum, ou alguns indivíduos se encarregam de fazer certa obra para outrem, com materiais subministrados, quer pelo dono da obra, quer pelo empreiteiro, mediante certa retribuição proporcionada à quantidade do trabalho executado.*”.

O preço da obra era pago na entrega da obra, salvo costume ou qualquer convecção em contrário, mas, se o empreiteiro realizasse a planta, desenho ou descrição de qualquer obra, por um preço que tenha sido determinado não pode exigir um aumento do mesmo, apesar, de ter existido um aumento do preço dos materiais.¹¹ Para além disso, se tiver sido efetuada alguma alteração à planta, desenho ou à descrição e não tiver sido convencionado por escrito pelo dono da obra, o empreiteiro não tem direito a qualquer aumento do preço de acordo com o artigo 1401.º do CS. No entanto, foi adicionado, em data posterior à elaboração do Código, um parágrafo único a este artigo que veio permitir a atualização do preço. O mesmo direito detinha o dono da obra, pois o preço da obra poderia diminuir e este não estava obrigado a pagar o preço inicial¹².

Relativamente ao prazo, o artigo 1400.º do CS referia que se as partes não tivessem definido um prazo em concreto para a conclusão da obra o empreiteiro tinha que a realizar dentro do tempo que responsabilmente for necessário para a concluir.

¹⁰ NACIONAL, Imprensa – *Código Civil Portuguez*. 2ªEd. Lisboa: [s.n] 1868 p. 240-242.

¹¹ O atual CC veio alterar esta norma protegendo o empreiteiro dos casos de inflação (Art.1211.º n.º 1 do Código Civil).

¹² ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.139.

Como já observamos no CCP de 1833 estava regulada a matéria acerca do risco. No CS estava também regulada esta matéria nos artigos 1397.º, 1398.º e 1408.º. De acordo com o artigo 1397.º do CS, os empreiteiros que fornecerem o seu trabalho, como também, os materiais para a realização da empreitada respondem pelo risco até ao momento da entrega da obra, exceto se o dono da obra incorrer em mora ou se existir convenção expressa em contrário. Se a empreitada for apenas de labor, todo o risco corre por conta do dono da obra segundo o artigo 1398.º do CS. Contudo se existir mora, culpa ou imperícia dos empreiteiros o risco corre por conta destes. Para além disso, os empreiteiros estão obrigados também a comunicar ao comitente acerca da má qualidade dos materiais não os devendo aplicar.

O artigo 1408.º refere que se o empreiteiro de labor, ou seja, que apenas forneça o seu trabalho e que por sua imperícia inutilizar ou danificar os materiais subministrados irá ser responsável pelos danos que causar ao comitente. Ademais, caso não realize a obra conforme as medidas e o risco que lhe foram dadas responderá, também, pelos prejuízos que causar. Se os materiais forem fornecidos pelo empreiteiro seria este o responsável pelo risco dos mesmos até à entrega da obra, exceto se existisse mora por parte do comitente em receber a mesma. Nas empreitadas de edifícios ou de outras construções de longa duração o empreiteiro é responsável durante 5 anos pela segurança e solidez do edifício ou construção, bem como pela qualidade dos materiais.

Tal como no atual CC de acordo com o artigo 1402.º do CS o comitente podia desistir da empreitada desde que para isso indemnizasse o empreiteiro de todos os seus gastos e trabalho bem como também do proveito que este iria tirar com a conclusão da empreitada.

Surgiu neste código o direito de retenção que não estava previsto no CCP. Assim sendo, por força do artigo 1407.º do CS, o empreiteiro de qualquer obra mobiliária tem direito de reter a mesma até que o dono da obra efetue o pagamento.

Para concluir, no Código Civil de 1867 também não estava estipulado direito de fiscalização do dono da obra, sendo que este direito apenas surgiu no atual CC.

2.3. Atual Código Civil

No CC atual, o contrato de empreitada está regulado no Livro II, Título II, Capítulo XII, nos artigos 1207.º a 1230.º¹³. O artigo 1207.º refere que a empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a realizar uma obra, mediante o pagamento de um preço acordado entre as partes. A definição supramencionada em pouco difere da definição prevista no CC de 1867, pois na legislação anteriormente referida o contrato de empreitada surgiu autonomizado da locação, sendo que, no CCP era denominado por locação condução. No atual CC o contrato de empreitada surge como uma modalidade do contrato de prestação de serviços. Com o claro desenvolvimento da construção civil nos últimos anos o legislador sentiu a necessidade de regular este tipo de contrato que tem uma grande importância no comércio jurídico.

Desta forma, no atual CC já estão reguladas determinadas matérias que nas legislações anteriormente abordadas não é feita qualquer menção. Assim sendo, em primeira análise, o legislador decidiu implementar os direitos e deveres das partes. Como foi referido precedentemente o direito de fiscalização da obra por parte do dono da obra apenas surgiu regulamentado no atual CC e como iremos verificar este direito é bastante importante e muito vantajoso para qualquer uma das partes.

¹³ ALMEDINA – *Código Civil* – 9º Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 222-226.

II – CONCEITO DE OBRA À LUZ DO ARTIGO 1207.º

1. CONCEITO DE OBRA

O artigo 1207.º do CC, refere que “*a empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço*”. A expressão “*certa obra*”, utilizada pelo legislador na criação do regime da empreitada tem levantado nos dias que correm muito discussão entre a doutrina e algumas decisões tomadas pelos tribunais portugueses.

A principal razão da existência desta polémica deve-se ao facto de alguns autores considerarem apenas como empreitada as obras corpóreas. Assim, a questão que irá ser alvo de análise neste capítulo será a de saber se as empreitadas de obras incorpóreas (científicas ou artísticas) podem ou não ser consideradas como uma empreitada.

Em primeiro lugar, convém efetuar a distinção entre o contrato de empreitada e o contrato de prestação de serviços. O contrato de empreitada é uma das modalidades do contrato de prestação de serviços, mas para além da empreitada existe, também, o contrato de mandato e de depósito. O facto do contrato de empreitada ser uma das modalidades do contrato de prestação de serviços dificulta a distinção entre ambos, pois no contrato de prestação de serviços promete-se uma atividade através da utilização do trabalho, como por exemplo, um médico que consulta um paciente promete uma atividade tendo direito a uma remuneração, mesmo que esse paciente não fique curado; e no contrato de empreitada acontece o inverso, ou seja, promete-se o resultado do trabalho, logo, através do trabalho o empreiteiro obriga-se a realizar uma obra de acordo com o plano convencionado pelas partes. A sua prestação é de resultado tendo necessariamente de realizar uma empreitada caso contrário o dono da obra fica desonerado de efetuar o pagamento¹⁴.

Antes de observarmos o regime jurídico português e o conceito de obra é necessário realizar uma comparação com os Códigos Civis estrangeiros. Destarte, no Código Civil Brasileiro (art.s1237º e ss.) apenas é mencionado o conceito de obra, mas a doutrina brasileira classifica as obras intelectuais como uma empreitada. Assim sendo, as obras

¹⁴ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.327.

artísticas ou científicas são consideradas uma empreitada, e segundo o jurista brasileiro, Orlando Gomes, os serviços de transportes devem ser classificados como uma empreitada¹⁵.

No Código Civil Espanhol (art.1154º) é considerado empreitada a execução de uma obra, como também, a prestação de um serviço, assim ao abrigo do código civil do país vizinho os pareceres fornecidos por um jurista são considerados uma empreitada. No Direito Francês, nos art.s 1787º e ss. apenas é feita menção à realização de uma obra tal como no Direito Brasileiro. Apesar disso, a doutrina também considera empreitada os contratos que abrangem coisas incorpóreas¹⁶.

No Código Civil Italiano nos artigos 1165.º e 2222.º, a empreitada está prevista como a realização de uma obra corpórea ou de um serviço.

Segundo o Código Civil Alemão (§ 631.1 BGB), a obra pode ser corpórea, ou seja, a construção de um edifício, como também, a prestação de um serviço intelectual, sendo que neste caso estamos perante uma obra intelectual.

Relativamente ao Código das Obrigações Suíço (art.363º) este considera empreitada a realização de uma obra corpórea. Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência são da opinião que este contrato engloba também as obras incorpóreas¹⁷.

Através desta panóplia de conceitos previstos em diferentes regimes jurídicos podemos concluir que o conceito de obra para os países indicados é bastante amplo, visto que, o conceito de obra pode incluir também as obras incorpóreas. O mesmo não se poderá dizer do regime jurídico português que iremos analisar de seguida.

2. CONCEITO DE OBRA NO ÂMBITO DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

A definição restrita apresentada pelo artigo 1207.º do CC deve-se à influência das Ordenações Portuguesas, ao contrário do que acontece por exemplo no sistema jurídico Francês que se baseou no Direito Romano¹⁸.

Como já referido anteriormente, a doutrina e a jurisprudência portuguesa não são unânimes em relação a este assunto visto que existem autores e decisões dos tribunais

¹⁵ GOMES, Orlando – *Contratos*. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.362.

¹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.387.

¹⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.387.

¹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.388.

portugueses que consideram como empreitada as obras intelectuais. Romano Martinez, considera que ao classificar as obras incorpóreas como empreitada estamos a constituir uma categoria “*demasiadamente ampla e imprecisa*”, visto que assim o contrato de empreitada iria abranger todo o conteúdo do contrato de prestação de serviços¹⁹. Este autor considera que existem as obras corpóreas materiais – que consiste na construção de um imóvel – e que existem, também, as obras corpóreas imateriais que pode ser exemplo a reparação do motor de um automóvel, deixando assim de fora as obras intelectuais. A possibilidade de integrar as coisas incorpóreas como uma empreitada vai sempre depender da interpretação das partes. Exemplificando a mesma prestação pode ser considerada uma empreitada corpórea imaterial ou uma empreitada incorpórea. Assim, se o dono da obra encarregar um pintor de pintar uma parede de um edifício concedendo ao pintor o desenho para este ser reproduzido estamos perante uma empreitada, ou seja, uma obra corpórea imaterial. Assim, se ao contratar um pintor lhe for dada total autonomia criativa para efetuar a pintura este contrato já não é considerado uma empreitada, mas sim um contrato de prestação de serviços, ou seja, uma obra incorpórea²⁰.

Esta posição não é de todo unânime e desta forma, Ferrer Correia e Henrique Mesquita²¹ consideram que o conceito de obra previsto no artigo 1207.º do CC prevê as obras corpóreas como também as obras incorpóreas, visto que o legislador na criação do disposto acima mencionado não estabeleceu nenhuma restrição permitindo dessa forma incorporar, também, as obras que sejam consideradas incorpóreas. Deste modo, os autores não vislumbram nenhuma razão para o artigo 1207.º do CC ser interpretado de outra forma. Por último, Henrique Mesquita e Ferrer Correia referem que este conceito amplo é adotado pela maioria dos países estrangeiros. Para estes autores a elaboração de um livro ou a composição de uma melodia tem que ser considerado uma empreitada, pois, o resultado final é material. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) num acórdão de 03 de novembro de 1983²² defendeu que as obras intelectuais também devem ser consideradas empreitadas. No acórdão em apreço debateu-se a ideia de considerar como empreitada a

¹⁹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.390.

²⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.393.

²¹<https://portal.oa.pt/upl/%7B2182be5b-7276-427b-9fa2-46f3cd64c2de%7D.pdf> [Consult. 17 dezembro 2017].

²² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 070604*, de 03-11-1983. Relator: Santos Silveira.

produção de doze séries por parte de uma firma para a Radio Televisão Portuguesa. A decisão final adotada pelo STJ foi em considerar esta produção como empreitada. Pode ler-se no acórdão supramencionado o seguinte:

“I - O contrato de empreitada pode ter por objecto uma obra eminentemente intelectual ou artística, nomeadamente, a produção de filmes para uma empresa de televisão, que se obrigou a pagar certa quantia, em prestações, fornecendo ainda as películas de imagem e som, além de meios e serviços clausulados no contrato.

II - A cláusula contratual, pela qual a empresa de televisão se obrigou ao pagamento de uma multa por cada dia de atraso no pagamento das prestações, tem a finalidade de compulsão do cumprimento pontual do contrato, que não a de fixação de indemnização, nos termos do artigo 810.º, n.º 1, do Código Civil. Se o dono da obra desistiu da empreitada, no uso da faculdade conferida no artigo 1229.º do Código Civil, a sociedade empreiteira apenas poderá exigir as multas devidas pelos atrasos verificados antes dessa desistência, porquanto deixou de existir a finalidade da pena convencional.

III - A desistência da empreitada não prejudica o que se haja estabelecido no contrato, quanto ao incumprimento negocial.”.

Esta posição de considerar a obra intelectual como empreitada foi igualmente defendida num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL)²³ onde pode ler-se a seguinte conclusão:

“I -Segundo uma corrente, o conceito de obra previsto na empreitada é amplo e abarca as obras incorpóreas ou intelectuais, coadunando-se com o sentido corrente do termo. E, como a palavra “obra” utilizado no artigo 1207º do Código Civil não distingue entre obra material e obra de engenho ou intelectual, não existe razão para que alguma distinção seja feita pelo intérprete

II - Defende outra corrente, um conceito restrito de “obra”, entendendo que a obra incorpórea ou intelectual se mostra subtraída do âmbito do contrato de

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc.º 3270/04.ITVLSB.L2–2*, de 14-04-2011. Relator: Ondina Carmo Alves.

empreitada, tal como o mesmo se mostra definido no Código Civil, no qual se omite, intencionalmente, a referência à prestação de um serviço.”.

Relativamente à decisão do acórdão do STJ de 03 de novembro de 1983 esta foi severamente criticado pelos juristas, João de Matos Antunes Varela²⁴ e por Pires de Lima²⁵, pois, para estes autores a posição tomada pelo STJ, transforma os artistas portugueses em verdadeiros empreiteiros e não em artistas que prestam um serviço.

O principal fundamento em que o STJ se baseou deve-se ao facto de existirem filmagens e fitas das gravações, sendo assim obtido um resultado material. Contudo, esta fundamentação não é suportada pela doutrina, visto que, o objeto da empreitada é a realização das séries e não o suporte da mesma, como por exemplo filmagens e as gravações. A existência destes elementos não faz com que exista um resultado material. Da mesma forma, quando um juiz ou um advogado se obriga a escrever ou a publicar um artigo jurídico, onde este dá a sua opinião acerca de determinado assunto não estamos perante um contrato de empreitada, mas sim um contrato de edição ou de publicação. O objeto da empreitada não é o resultado final, como por exemplo o artigo em papel, mas sim as ideias e os pensamentos transcritos para o mesmo.

Na opinião dos autores²⁶ para que o contrato seja considerado uma empreitada é necessário que exista a realização de uma obra, ou seja, a construção de um edifício, de um andar ou a abertura de um poço. Logo, um serviço pessoal não é considerado uma empreitada, mas sim um contrato de prestação de serviço. Para além disso, defendem que a empreitada não resulta apenas da construção de algo, pois também pode consistir na demolição ou manutenção de um objeto. Porém, como já verificamos, para os autores é sempre necessário que exista um resultado material para que o contrato seja considerado como empreitada.

No mesmo sentido está Menezes Leitão²⁷, que partilha da opinião que a obra intelectual não pode ser considerada uma empreitada, restringindo assim a empreitada a

²⁴ <https://portal.oa.pt/upl/%7B90faae25-4cd2-4dec-ae4c-002bc6bec549%7D.pdf>
[Consult. 20 dezembro 2017].

²⁵ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.^a ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 865.

²⁶ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.^a ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 865.

²⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.463.

coisas corpóreas, sendo esta também a posição adotada pelo legislador português na elaboração do regime da empreitada. O autor é então da opinião que o contrato de empreitada apenas abrange um resultado material. Para além disso, existem determinadas limitações que tornam difícil a inserção das obras incorpóreas no contrato de empreitada. Destarte, é complexo compatibilizar as obras incorpóreas com o direito de fiscalizar (art.1209º), como também a transferência da propriedade na obra intelectual. Outra situação em que podemos verificar essa limitação é no regime das alterações da obra (art.1214º e ss.) e o regime dos defeitos da empreitada (art.s 1218º e ss).

Para os professores Pedro Albuquerque e Miguel Assis Raimundo nada obsta que em determinadas situações as obras incorpóreas sejam consideradas empreitadas, contudo, é necessário cumprir com determinados objetivos²⁸:

- Em primeiro lugar, o resultado da empreitada tem que resultar em algo concreto seja ela corpórea ou incorpórea, mas tendo necessariamente que ser possível ser entregue e aceite pelo dono da obra. Imaginemos por exemplo um programa informático que está em CD, ou seja, uma coisa corpórea e depois de ser feita a instalação passa a ser uma coisa incorpórea.
- Em segundo lugar, o resultado tem que ser específico e concreto. Para isso é necessário que essa empreitada, apesar de ser incorpórea, resulte em algo concreto e possa ser separado do executante, permitindo assim que o dono da obra a utilize para o fim que idealizou. A realização de uma planta de uma casa é considerada uma obra incorpórea, contudo na opinião dos autores, se essa planta se transformar em algo concreto, ou seja, tenha suporte papel e mais tarde possa ser utilizada (através da entrega nos serviços de finanças para atualização do IMI) pelo dono da obra estamos perante uma empreitada.
- Por último, as partes têm que ter convencionado um plano para a sua realização, ou seja, na criação de um plano de encargos ou num simples plano.

Relativamente à jurisprudência existem inúmeros acórdãos que optam por classificar as obras incorpóreas como contratos de prestação atípicas. Deste modo, podemos verificar

²⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.170.

no acórdão do TRP de 09 de fevereiro de 2009 relatado por Maria Adelaide Domingos²⁹ que exclui a possibilidade de incorporar no contrato de empreitada as obras que sejam incorpóreas:

“I - O que verdadeiramente caracteriza e diferencia o contrato de empreitada de outros contratos de prestação de serviços, face à noção constante do art. 1207º do CC é a realização de uma obra. Ou seja, aquele que aceita realizá-la (o empreiteiro) contrai uma obrigação de resultado que se produz na produção de algo corpóreo. Material, uma obra que recai sobre uma coisa móvel ou imóvel.

II - Quando muito, tem-se entendido que em algumas situações de fronteira o contrato de empreitada também se aplica aos casos de coisas corpóreas imateriais (v. g. reparar um automóvel), mas nunca a coisas incorpóreas, mesmo que materializáveis.”.

Outro exemplo, de exclusão das obras incorpóreas como contrato de empreitada surge no acórdão do STJ de 21 de novembro de 2006³⁰. Neste acórdão considerou-se como prestação de serviços atípica o contrato pelo qual um gabinete de arquitetura se comprometeu a avaliar a aptidão construtiva de um terreno, e de seguida a apresentar propostas de loteamento do terreno em questão. No sumário do acórdão podemos observar o seguinte:

“I - O contrato de empreitada tem por objecto a criação ou produção de obra, no sentido material do termo, que não pode confundir-se com a coisa sobre a qual incide o acto de criação ou produção, que é o seu mero suporte material.

II - O mandato tem sempre por objecto a pratica de certos actos jurídicos - independentemente da condição de jurista do mandatário - por conta de outrem.

III - A prestação de serviço é o "genus" ao qual são, subsidiariamente, aplicáveis as regras do mandato ("species").

III - Se alguém encarrega outrem apenas de proceder a estudos e elaborar projetos para instruir um pedido de licenciamento municipal, trata-se de uma obrigação de meios, que não de resultado.”.

²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – *Proc.º 0857245*, de 09-02-2009. Relator: Adelaide Domingos.

³⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 06A3716*, de 21-11-2006. Relator: Sebastião Póvoas.

Em suma, o conceito de empreitada, como já foi referido precedentemente vai depender da interpretação dada ao artigo 1207.º do CC, sendo que, após esta análise, verificamos que a própria doutrina e a jurisprudência não partilham do mesmo ponto de vista, pois, para a maioria dos autores³¹, o conceito de obra incorpórea não pode ser abrangido pelo contrato de empreitada, visto que o objeto da empreitada não é o suporte material (manuscrito ou a prestação de um serviço) em que a mesma se baseia, mas sim a ideia ou pensamento exprimido pelo executante da obra. Em sentido diverso, existe uma parte da doutrina³² que considera que a obra incorpórea pode ser abrangida pelo contrato de empreitada, apesar de para alguns autores ser necessário, em primeiro lugar, que sejam cumpridos determinados requisitos³³. Por outro lado, para Ferrer Correia e Henrique Mesquita nada impede que as obras incorpóreas sejam consideradas empreitadas, visto que o legislador na criação do regime de empreitada não estabeleceu nenhuma limitação neste sentido.

³¹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.392; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.463; LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 864; <https://portal.oa.pt/upl/%7B9b22aa4a-ba9a-4db4-ada4-00850099c5e4%7D.pdf> [Consult.16 dezembro 2017].

³²<https://portal.oa.pt/upl/%7B2182be5b-7276-427b-9fa2-46f3cd64c2de%7D.pdf> [Consult. 17 dezembro 2017].

³³ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.170.

III – OS DIREITOS DO DONO DA OBRA

1. DIREITO DE AQUISIÇÃO E RECEÇÃO DA OBRA

O primeiro direito previsto na esfera jurídica do dono da obra é o direito aquisição e receção da obra. Assim sendo, o principal interesse do comitente é a receção do resultado final da empreitada realizada pelo empreiteiro, e se por um lado o comitente tem direito a receber a empreitada que contratou, por outro lado, o empreiteiro tem a obrigação de produzir determinado resultado³⁴.

De acordo com o artigo 1208.º do CC, *“o empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato”*.

O mesmo artigo refere quais as condições em que a obra deve ser executada pelo empreiteiro, sendo que, tais condições são, em primeiro lugar, convencionadas entre as partes através de um plano realizado por estas.

O plano mencionado é sobretudo realizado nas empreitadas de grande envergadura, como também, nas empreitadas de obras pública. Esse plano é denominado por caderno de encargos, que, tal como indica o artigo 42.º do Código dos Contratos Públicos (CCPub), contém *“o preço a pagar ou a receber pela entidade adjudicante, a sua revisão, o prazo de execução das prestações objeto do contrato ou as suas características técnicas ou funcionais, bem como às condições da modificação do contrato, devendo ser definidos através de limites mínimos ou máximos, consoante os casos, sem prejuízo dos limites resultantes das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis.”*. Para além disso, é no caderno de encargos que é estipulado a qualidade dos materiais a utilizar pelo empreiteiro³⁵.

A obra tem que ser entregue para o uso ordinário previsto no contrato, segundo o artigo 1208.º do CC. Contudo, nem sempre é fixado no contrato o uso a dar à empreitada tendo o uso de estar em harmonia com uso ordinário ou o fim normal que a empreitada se destina. Para melhor compreensão, imaginemos que o sujeito A contrata a empresa B para esta construir e equipar um estabelecimento comercial destinado à restauração. Apesar disso, o fim e o uso ordinário da coisa (empreitada) não são estipulados no contrato celebrado pelos

³⁴ NETO, Abílio - *Código Civil Anotado*. 20.^a ed., Lisboa: Ediforúm, 2018, p. 1103.

³⁵ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.^a ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 868.

contraentes. Desta forma, o empreiteiro para além de estar obrigado a construir um estabelecimento comercial com as regras aplicáveis tem, também, a obrigação de colocar equipamentos de acordo com o uso ordinário ou a sua aptidão, tendo, por exemplo, que equipar a cozinha com fogões ou outros equipamentos industriais.

Caso o empreiteiro não cumpra com a norma prevista no artigo 1208.º do CC, fica sujeito a várias sanções. Em primeiro lugar, de acordo com o artigo 1221.º do CC, o dono da obra tem o direito de exigir ao empreiteiro que este elimine os defeitos e caso não seja possível eliminar, o dono da obra pode exigir nova construção. Para além disso, por força do artigo 1222.º do CC, caso não sejam eliminados os defeitos ou executada uma nova construção o comitente pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, isto se os defeitos tenham posto em causa o fim a que a empreitada se destina. Por último, o comitente pode optar pela resolução do contrato e, também, por uma indemnização pelos danos causados previsto nos artigos 1223.º e 1225.º do CC³⁶.

2. AS REGRAS DA ARTE NO CONTRATO DE EMPREITADA

O empreiteiro para além de ficar adstrito de cumprir escrupulosamente o plano convencionado está também obrigado a observar as regras da arte. As regras da arte consistem no conjunto de regras que devem ser adotadas na realização da empreitada. Logo, para o cumprimento do artigo 762.º n.º 2 do CC “*no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.*”.

Relativamente às regras de arte acima mencionadas, num acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 13 de março de 2008³⁷, foi discutida a possibilidade do empreiteiro na realização de uma obra não ter cumprido com as regras da arte a que está adstrito. No acórdão em apreço o empreiteiro tinha que proceder à demolição de um edifício, porém, não tomou as devidas precauções com o edifício contíguo que acabaria por ruir devido ao não cumprimento das regras da arte. No referido acórdão é mencionado o seguinte:

³⁶ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 869.

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora – Proc.º2759/07-2, de 13-03-2008. Relator: Almeida Simões.

“A empreitada é uma obrigação de resultado, mas o empreiteiro fica adstrito, para além da obtenção de certo resultado em conformidade com o convencionado, a observar as regras da arte e normas técnicas, em particular, dado o caso dos autos, as normas de cuidado e segurança.

Ora, durante a demolição, os operários do réu empreiteiro, que trabalhavam na obra, não escoraram previamente as paredes do prédio habitado pela autora, o que levou ao desabamento da parede mestra e queda do telhado.

Deste modo, tendo sido a falta de escoramento das paredes do prédio habitado pela autora que levou ao desabamento, tal revela, de forma inequívoca, grave omissão do empreiteiro na realização da obra, por inobservância dos elementares deveres de cuidado e segurança. Omissão que o faz incorrer em responsabilidade civil, nos termos do n.º 1 do art. 70.º do Dec. Lei 445/91, de 20 de Novembro.

Estamos perante norma que estabelece responsabilidade subjectiva responsabilidade civil extracontratual e não responsabilidade objectiva, atribuindo-a, nomeadamente, ao proprietário e ao empreiteiro, por danos causados a terceiros que sejam provocados por erros, acções ou omissões decorrentes da sua intervenção no projecto ou na obra ou por factos emergentes da qualidade ou forma de actuação sobre os terrenos.

No caso sub iudicio, há culpa do réu empreiteiro na verificação do evento, como se viu, por grave omissão das regras da arte relativas à segurança na execução da obra, mas nada ficou provado relativamente ao dono da obra, isto é, qualquer conduta culposa, na intervenção no projecto ou na obra.”.

Como vimos, a obra tem que ser realizada em conformidade com o que as partes acordaram sem qualquer defeito. No entanto, pode acontecer que o projeto elaborado para aquela empreitada padeça de algum defeito, sendo que nesse caso o empreiteiro tem a obrigação de comunicar esses defeitos ao dono da obra assim que os deteta³⁸. Podemos observar essa obrigação do empreiteiro no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 15 de maio 2007³⁹, relatado por Barateiro Martins onde foi mencionado o seguinte:

³⁸ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.263.

³⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 15-05-2007 (Barateiro Martins), *Coletânea Jurisprudência, Ano XXXII, Tomo III*, Lisboa: (s.n.), 2007, p.5.

“Mesmo admitindo que possam estar mal localizados e/ou dimensionados no projecto, é dever de um empreiteiro normalmente capaz e conhecedor da legis artis avisar o dono da obra de tal incorreção.

Sem tal aviso, não pode, depois e agora, o empreiteiro “lavar as mãos” de eventual e subsequente defeito, dizendo que se limitou a executar o projectado, uma vez que – este é o ponto, repete-se – a prestação do empreiteiro, o resultado prometido, é uma obra sem defeitos, objectivo em que deve respeitar, é certo, os projectos, as instruções e as ordens do dono da obra, mas sem nunca perder de vista os usos e as regras da arte.”.

No acórdão supramencionado os orifícios dos cabos de telefone e de antena não estavam corretamente posicionados no projeto elaborado, sendo que neste caso o empreiteiro tem a obrigação de comunicar tal situação ao dono da obra. Na situação descrita, o empreiteiro não efetuou essa comunicação e realizou a empreitada tal como previsto no projeto.

Apesar da principal obrigação do empreiteiro ser a realização de empreitada, ou seja, a produção de um resultado final, este tem que estar munido de competências para observar se o plano convencionado está ou não bem estruturado⁴⁰. No acórdão do STJ de 19 de Novembro de 2009⁴¹, relatado por Urbano Dias, foi escrito o seguinte no sumário:

“I – A obrigação do empreiteiro para com o dono da obra não se esgota na entrega desta, tal-qualmente foi encomendada, antes a sua responsabilidade, em respeito pelo princípio da boa fé, se estende à consideração do resultado final, estando obrigado a avisar aquele e/ou recusar a empreitada, ou ressaltar expressamente que não se responsabiliza pelo resultado, caso ele continue a pretender a sua execução nos termos inicialmente acordados.

II – Desta forma, o empreiteiro encarregue de fazer o soalho para uma casa não vê a sua obrigação, para com o dono da obra, extinguir-se pelo simples facto de ter feito a entrega do mesmo, nas condições previamente combinadas, antes lhe incumbe, ainda, verificar se o concreto soalho encomendado pode ser incorporado

⁴⁰ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.263.

⁴¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 889/04.4TBVCD.SI*, de 19-11-2009. Relator: Urbano Dias.

no concreto solo para onde foi destinado, avisando aquele das verdadeiras consequências resultantes da sua incorporação.

III – Não cumprindo este dever (lateral), torna-se, necessariamente, responsável perante o dono da obra por todos os prejuízos daí derivados, sendo, inclusive, obrigado a restituir o preço, no caso de o ter já percebido.”.

Assim sendo, as responsabilidades do empreiteiro não se esgotam com a entrega de um resultado final. Ao abrigo do princípio da boa fé supramencionado, o empreiteiro está obrigado a comunicar ao dono da obra alguma irregularidade do plano convencionado, como também, a comunicar ao dono da obra das consequências que aquela empreitada pode vir a causar.

3. A RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO EM CONJUNTO COM TERCEIROS

Em determinadas situações o projeto é elaborado por um terceiro, que não as partes, e neste caso se o projeto da empreitada conter falhas do conhecimento do empreiteiro ou então imprecisões que deveriam ser do seu conhecimento, este tem a obrigação de comunicar tais falhas ao dono da obra.

Porém, se realizar a empreitada de acordo com o plano defeituoso poderá responder em conjunto com o projetista que elaborou o projeto com defeito tornando-o inexecutável⁴². O exemplo aqui dado é de um projetista, contudo, poderá ser também o fornecedor de materiais, que tenha fornecido materiais com defeito. Para existir culpa do empreiteiro torna-se necessário que este os aplique na empreitada sem dar conhecimento deste problema ao dono da obra.

Moitinho de Almeida é da opinião que não existe “*responsabilidade solidária em sentido próprio, levar a concluir no sentido da necessidade de demandar ambas as entidades, na medida do seu contributo para a produção do dano*”⁴³.

No entanto, como existe alguma dificuldade para quantificar a culpa de cada um dos sujeitos (empreiteiro e projetista), o autor defende o uso de uma figura que permita

⁴² ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.268.

⁴³ ALMDEIDA, José Carlos Moitinho de – *A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro*. Lisboa: [s.n.], 1973, pp.31-33.

responsabilizar integralmente ambos os sujeitos por todo o dano causado. A doutrina⁴⁴ defende a teoria do direito de regresso entre o projetista e o empreiteiro, pois, caso não existisse este direito de regresso a responsabilidade ficaria a depender unicamente da decisão do dono obra, sendo que poderia demandar apenas uma parte pelo dano total. Por esta razão, os autores entendem que se deve aplicar por analogia a norma prevista no artigo 497.º n.º2 do CC.

De acordo com o artigo 497.º n.º 2 do CC o direito de regresso, entre os responsáveis, existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis. Sendo assim, o direito de regresso estaria apenas dependente do dano causado por cada um dos sujeitos, mas caso não seja possível apurar as responsabilidades o prejuízo é dividido pelos sujeitos envolvidos.

4. O ALCANCE DA BOA-FÉ DO EMPREITEIRO

A boa fé do empreiteiro tem um alcance bastante alargado, pois, esta não abrange apenas a execução escrupulosa do plano convencionado nem apenas o cumprimento das regras da arte. A boa fé abrange também a qualidade dos materiais. Se os materiais fornecidos forem de má qualidade o empreiteiro tem a obrigação de comunicar ao dono da obra acerca da qualidade dos mesmos⁴⁵. No acórdão do TRP de 7 de julho de 1988⁴⁶, relatado por Gelásio Rocha, foi evidenciado que o empreiteiro tem a obrigação de avisar o comitente dos defeitos que os materiais possam ter. Assim, neste acórdão o autor (empreiteiro) estava obrigado a confeccionar para o réu (dono da obra) um conjunto de peças de vestuário celebrando, desta forma, as partes um contrato de empreitada. Porém, o material era fornecido por um terceiro que o enviava diretamente para os armazéns do autor. O autor durante o processo de confecção reparou, de imediato, na mesa de corte, que existia diversos defeitos no tecido que tornavam a empreitada defeituosa. Apesar disso, decidiu não avisar o dono da obra e continuar com a realização da empreitada. O empreiteiro alega que cumpriu escrupulosamente com a sua obrigação não agindo de má fé. Tanto o dono da obra como o

⁴⁴ ALMDEIDA, José Carlos Moitinho de – *A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro*. Lisboa: [s.n.], 1973, pp.31-33; ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.269.

⁴⁵ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.267.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 07-07-1988 (Gelásio Rocha), *Coletânea Jurisprudência, XIII, Tomo IV*, Porto: (s.n.), 1988, p. 169.

TRP têm uma opinião diversa, considerando que o empreiteiro agiu de má fé, visto que este tem a obrigação de avisar o comitente. Apesar de o material ter sido fornecido por um terceiro, por força do artigo 1210.º n.º 2 do CC, o empreiteiro está adstrito na mesma a essa obrigação. Refere o artigo acima mencionado que *“no silêncio do contrato, os materiais devem corresponder às características da obra e não podem ser de qualidade inferior à média.”*. Assim sendo, os materiais não podem prejudicar a aptidão da obra para o uso ordinário ou previsto no contrato. Apesar de o defeito não ter sido criado pelo empreiteiro – o defeito foi criado pelo terceiro que forneceu o material – este irá ser responsabilizado à luz da lei civil, uma vez que se obrigou perante o dono da obra a executar a obra isenta de defeitos. Ao realizar a empreitada sem observar a aptidão dos materiais utilizados está a ir contra o pressagiado no artigo 1208.º do CC agindo de má fé.

Devido à experiência adquirida pelo empreiteiro é necessário que este indique ao dono da obra acerca da qualidade dos materiais, caso estes não sejam os mais indicados a aplicar na obra. Essa obrigação, por parte do empreiteiro, é bastante vincada no acórdão do STJ de 30 de abril de 2015⁴⁷, relatado por Pires da Rosa, como podemos observar no sumário do respetivo acórdão:

“I - No âmbito de um contrato de empreitada, está o empreiteiro obrigado a fazer bem o que contratou. Só assim o devedor/empreiteiro cumpre o contrato celebrado.

II - Fazer bem o que contratou é não apenas assegurar a perfeição nos materiais fornecidos e na execução do trabalho contratado, mas garantir a conformidade desse fornecimento e dessa execução com a finalidade assumida, implícita ou explicitamente, na obra contratada.

III - Essa conformidade não se verifica quando os materiais fornecidos não têm a qualidade necessária ou a execução dos trabalhos não foi a correcta, ou quando a obra contratada não tem, em concreto, as virtudes que estiveram presentes na base do negócio contratado.

IV - Nessa situação – sem prejuízo do ressarcimento indemnizatório dos danos patrimoniais ou não patrimoniais sofridos pelo dono da obra – restam, em busca do cumprimento exigível, as alternativas desenhadas nos art.s 1221.º e 1222.º

⁴⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 144/10.0TBCNT.C1.S1*, de 30-04-2015. Relator: Pires da Rosa.

do CC, na respectiva sequência lógica: em primeiro lugar a eliminação dos defeitos e, se tal não possível, uma nova construção.

V - Se é possível a eliminação dos defeitos, o dono da obra tem direito a essa eliminação e, no reverso, também o empreiteiro tem direito a essa eliminação.

VI - Só depois de se concluir que a eliminação não é possível, tem então o dono da obra o direito a uma nova construção.

VII - Numa empreitada em que se conclui que a estrutura e a cobertura fornecida e instaladas pela ré afinal não garantem em absoluto a finalidade que lhes é inerente e estava implícita na obra contratada, nada impede que a finalidade desta seja repostas.”.

Ao realizar a empreitada sem dar conta ao comitente que os materiais não são os mais indicados para realizar a empreitada está de agir com má fé, visto que o principal interesse do comitente é que a obra seja adquirida por ele e sem vícios.

Ao analisarmos o exemplo supramencionado surge-nos outra questão relativa à autorização do dono da obra para que a empreitada seja realizada com materiais de qualidade inferior. A questão aqui será em saber se o empreiteiro é responsável por efetuar uma empreitada sem observar as regras de segurança.

Vaz Serra⁴⁸ defende que se a parte encarregue de fornecer os materiais for o dono da obra, e o empreiteiro identificar defeitos nos materiais fornecidos, este último, tem a obrigação de comunicar ao dono da obra essa circunstância. Apesar de nada referir no Código Civil Português, no artigo 1663.º do Código Civil Italiano é feita a menção que o empreiteiro tem que notificar prontamente ao cliente os defeitos do material fornecido por este, se forem descobertos no decorrer do trabalho e que possam comprometer a execução da mesma.

Se o empreiteiro aceitar os materiais defeituosos, ou materiais que não tenham as características devidas para a empreitada a realizar e não comunicar ao comitente no momento, deve fazê-lo, assim que possível, enquanto estes não forem incorporados. Deste modo, deve suspender a execução da empreitada até receber a resposta por parte do comitente.

⁴⁸ SERRA, Vaz – Empreitada, *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 145, Lisboa: (s.n.), 1965, pp. 140-141.

O empreiteiro, ao suspender a empreitada, poderá ser responsabilizado pelo atraso que daí advenha, como também, pelo acréscimo de despesas com a substituição tardia dos materiais. Como já mencionado, como técnico da arte tem a obrigação de não incorporar tais materiais e de efetuar a comunicação ao dono da obra. Se da aplicação dos materiais defeituosos resultar na lesão de direitos absolutos de terceiros ou a violação de regras de ordem pública o empreiteiro está obrigado a não os colocar⁴⁹.

Porém, se depois de efetuada a comunicação o dono da obra não pretender alterar os materiais o empreiteiro não tem a possibilidade de recusar o cumprimento do contrato. Contudo, não irá ser responsabilizado quanto ao uso de tais materiais, desde que o dono da obra tenha sido adequadamente informado do risco da utilização de tais materiais e tenha concordado expressamente com a realização da empreitada, sendo, este último, o responsável por qualquer defeito emergente da obra.⁵⁰

No entanto, esta declaração de responsabilidade contratual feita pelo dono da obra apenas é válida entre as partes, ou seja, entre o dono da obra e o empreiteiro. Desta forma o empreiteiro irá ser responsabilizado perante terceiros, visto que realizou uma empreitada sem observar as condições de segurança. Esta situação acontece sobretudo com os adquirentes de frações autónomas e com as entidades administrativas, que tenham como função controlar a atividade que é objeto do contrato⁵¹. Assim sendo, tanto o empreiteiro como o comitente serão responsáveis perante terceiros ou perante as entidades públicas que efetuem vistorias ao objeto do contrato, mais precisamente sobre a empreitada.

Para além disso, na opinião de alguma doutrina⁵² existem dúvidas sobre a obrigação de o empreiteiro realizar a empreitada de acordo com o convencionado não observando, como já foi referido, as regras de segurança ou até mesmo questões técnicas. Imaginemos que o solo onde irá ser realizada a empreitada não tem condições para a edificação, dado que

⁴⁹ SERRA, Vaz – Empreitada, *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 145, Lisboa: (s.n.), 1965, p.141.

⁵⁰ SERRA, Vaz – Empreitada, *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 145, Lisboa: (s.n.), 1965, p.145.; ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.269.; GUEDES, Agostinho Cardoso – *A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada*. Contratos: actualidade e evolução. Actas do congresso internacional. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.321.

⁵¹ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.270.

⁵² ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.271.

por baixo do mesmo passa um curso de água, ou que o dono da obra forneça determinada tinta para pintar o exterior do edifício não sendo esta tinta apropriada para o efeito.

O empreiteiro, nesta situação, não poderá ficar obrigado a realizar a empreitada de acordo com o que as partes tinham inicialmente acordado, mesmo que exista uma declaração de responsabilidade por parte do dono da obra. Não poderá ficar vinculado à realização daquela empreitada não só porque iria contra as regras de segurança ou até mesmo devido a questões técnicas, como também, porque pode por em causa a sua reputação⁵³

Por outro lado, o empreiteiro no contrato de empreitada tem assegurada a sua autonomia e, desta forma, o comitente não se pode servir deste apenas para cumprir com os seus interesses.

A solução dada pela doutrina, nesta situação, é de ser facultada a possibilidade ao empreiteiro de impor as alterações ao projeto, nos termos do artigo 1215.º do CC. Se as partes não chegarem a um acordo acerca das alterações terá que ser o tribunal a definir as alterações a efetuar, nos termos do artigo 1215.º n.º1 do CC. Poderá, também, o dono da obra não concordar com as alterações ou então não pretender que as mesmas sejam efetuadas, e resolver o contrato de acordo com o artigo 1229.º do CC. Nesta situação terá que indemnizar o empreiteiro por todos os gastos e trabalho, como também, pelo proveito que poderia tirar da empreitada.

Se porventura o comitente exigir o cumprimento do contrato, não pondo termo ao mesmo e sem que as alterações indicadas pelo empreiteiro possam ser realizadas, o empreiteiro tem a possibilidade de terminar o contrato se da execução daquele possa resultar numa infração ou prática criminal. O empreiteiro, também, tem a possibilidade de pôr termo ao contrato, se do resultado das alterações o preço fixado for ultrapassado em mais de 20% ou não tenha capacidades técnicas ou administrativas para realizar tais alterações, nos termos do artigo 1215.º n.º2 do CC. Esta regra também se aplica se forem postas em causa as condições mínimas de segurança estipuladas.

Para concluir, ao contrário do que acontece no CC, o CCPub tem um regime próprio no artigo 338.º que permite responsabilizar parcialmente o empreiteiro no caso de verificar defeitos e omissões que devesse ter detetado na fase pré contratual e não os tenha comunicado ao dono da obra no prazo de 60 dias.

⁵³ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.272.

IV – O DIREITO DA FISCALIZAÇÃO DA OBRA

1. NOÇÃO DO DIREITO DA FISCALIZAÇÃO DA OBRA

É importante começar, antes demais, por definir e explicar o conceito de obra para melhor entendimento acerca do tema em questão. Como vimos previamente, este conceito tem gerado bastante controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência visto existir diferentes opiniões e decisões adotadas. Iremos, neste projeto avançado, optar por considerar como empreitada aquelas que tenham características corpóreas. Contudo, cabe ao leitor, após a leitura das duas teorias optar por uma das vertentes, ou até mesmo considerar ambas as teorias válidas.

Desta forma, na nossa opinião, para uma obra ser considerada empreitada é necessário que seja criado algo, como por exemplo a construção de um edifício. Por outras palavras, podemos concluir que é sempre necessário que exista um resultado material praticado pelo empreiteiro. Caso não exista um resultado material – por exemplo na criação de uma melodia – estamos perante uma obra incorpórea, pelo que não podemos considerar o suporte da empreitada um resultado material. A existência de uma partitura tem que ser considerada apenas o suporte da melodia e não o resultado final. A criação de uma melodia é apenas uma prestação de serviços prestada pelo autor e não uma empreitada.

O direito de fiscalização é um dos direitos presentes na esfera jurídica do dono da obra, pois de acordo com o artigo 1209.º do CC o dono da obra tem direito a fiscalizar a empreitada, à sua custa, desde que não ponha em causa o normal andamento dos trabalhos. Posto isto, o comitente deverá agir de boa fé para não perturbar o normal funcionamento da obra.

O empreiteiro, por sua vez, tem como dever colocar à disposição do dono da obra o local da empreitada para este ter condições de proceder à fiscalização⁵⁴. O artigo 1209.º do CC refere que a fiscalização é custeada pelo próprio, ou seja, o dono da obra não pode descontar no preço final acordado o que despendeu ao realizar a fiscalização, mas, nada impede que as partes tenham acordado em sentido contrário⁵⁵.

⁵⁴ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 870.; PITÃO, José António de França - *Contrato de Empreitada – Anotado*, 2ª Ed, Coimbra: Almedina, 2011, p. 172.

⁵⁵ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.274.

O principal objetivo deste direito é o de verificar se a obra está a ser realizada conforme o que as partes acordaram, como também, se estão a ser observadas as regras da arte⁵⁶.

Para além de verificar se o plano está a ser, ou não, bem executado, o dono da obra pode verificar se os materiais utilizados na empreitada são da qualidade acordada entre as partes e poderá tomar conhecimento de alterações que sejam necessárias aplicar. Exercendo este direito o dono da obra consegue estar a par do desenvolvimento da obra e torna mais difícil que o empreiteiro oculte de alguma forma defeitos por ele criados, durante a execução da obra, e que não lhe queira dar conhecimento.

O próprio dono da obra tem interesse em fiscalizar a obra para conseguir efetuar avisos ao empreiteiro e, para evitar que a obra seja executada de forma a que, mais tarde, não possa ser aceite por ser considerada defeituosa. Assim sendo, evita-se a criação de despesas inúteis para ambas as partes e torna-se mais fácil garantir o principal interesse do dono da obra, que é a realização e aceitação da empreitada. Com a leitura do artigo acima mencionado é possível interpretar que este direito apenas traz vantagens para o dono da obra, contudo essa interpretação não é completamente correta, visto que em determinadas situações o empreiteiro pode comunicar ao dono da obra algum defeito previsto no plano convencionado, para dessa forma evitar que o mesmo continue com a execução da empreitada e que esta, mais tarde, não possa ser aceite ou então exista alguma alteração que seja necessário introduzir⁵⁷.

O dono da obra ao usufruir deste direito não assume uma posição autoritária e de direção sobre o empreiteiro tal como sucede no contrato de trabalho. O dono da obra, apenas, verifica se está a ser cumprido o plano convencionado entre as partes, comunicando ao empreiteiro se verificar alguma situação irregular⁵⁸. Convém salientar, que o comitente ao fiscalizar a obra, caso verifique algum defeito durante a execução da mesma não pode, desde logo, exigir uma indemnização pelo defeito existente. Após a conclusão da obra o comitente pode exigir ao empreiteiro que este elimine ou repare os defeitos existentes. Se não for possível retirar ou reparar o defeito existente, o dono da obra tem direito a obter uma redução

⁵⁶ SERRA, Vaz – Empreitada, *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 145, Lisboa: (s.n.), 1965, p.129.; MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.369.

⁵⁷ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 870.

⁵⁸ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 870.

do preço ou então exigir a resolução do contrato, se os defeitos puserem em causa o fim a que se destina a mesma. Esta posição foi defendida no acórdão do TRL de 21 de março de 1991⁵⁹, relatado por Almeida Valadas. É possível verificar no sumário do acórdão mencionado o seguinte:

“I- Encomendada a construção de um móvel em madeira de tola e sendo o mesmo feito em aglomerado de madeira folheada de tola, há que averiguar, em concreto, se a vontade das partes foi no sentido da sua execução em madeira maciça

II- Verificando defeitos na obra durante a sua execução, o dono da obra não pode pedir desde logo, indemnização por não cumprimento.

III – Só depois de acabada a obra o dono desta poderá pedir a eliminação dos defeitos, ou nova construção; e, no insucesso da sua pretensão, poderá obter a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos da obra a inadequarem ao fim a que se destina.”.

Deste modo, em primeiro lugar deve pedir a eliminação dos defeitos e, no caso de estes não poderem ser eliminados, pode exigir nova construção se as despesas não forem desproporcionadas em relação ao proveito tal como indica o artigo 1221.º n.º 2 do CC. Este artigo visa proteger os casos em que as despesas para a nova construção são bastante superiores ao proveito que o dono da obra iria obter com a nova construção.

Como podemos verificar com a leitura do acórdão acima referido, se os defeitos não forem eliminados, nem a obra for de novo construída, o dono da obra pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato⁶⁰, isto se os defeitos a tornarem inadequada ao fim a que se destina. Se o dono da obra encomendar uma máquina com três funções diferentes de produção e no momento em que a recebe esta apenas conseguir realizar uma função de produção estaremos perante um defeito da mesma. Assim sendo, se o defeito não for reparado, nem for construída uma nova máquina, o dono da obra pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato.

Se nada disto se verificar ou não for suficiente para satisfazer os direitos ou os interesses do dono da obra, pode este exigir uma indemnização nos termos gerais⁶¹. No

⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 21-03-1991 (Almeida Valadas), *Coletânea Jurisprudência, Ano XVI, Tomo II*, Porto: (s.n.), 1991, p. 158.

⁶⁰ Artigo 1221.º do Código Civil.

⁶¹ Artigo 1223.º do Código Civil.

acórdão em questão, o dono da obra exigiu, no momento que efetuou a fiscalização, que o empreiteiro não continuasse com a empreitada dos restantes móveis que as partes tinham convencionado e exigiu a devolução do dinheiro entregue até aquele momento. A fiscalização não garante ao comitente o direito de antes de terminada a obra, tomar qualquer das atitudes previstas nos artigos 1221.º a 1223.º do CC. É importante frisar que o dono da obra pode ter concordado com a obra defeituosa. Tal como menciona o artigo 1209.º n.º 2 (parte final) do CC se o dono da obra tiver concordado expressamente com a obra executada, este não poderá, mais tarde, fazer valer os seus direitos contra o empreiteiro.

Os artigos 1220.º a 1223.º do CC apenas se aplicam quando a obra já se encontra terminada.

2. PROBLEMÁTICAS DO DIREITO DA FISCALIZAÇÃO DA OBRA

2.1. Cedência do direito de fiscalizar a terceiros

O direito de fiscalização pode ser exercido pelo dono da obra, como também, por um terceiro, a quem o dono da obra delega os poderes, como por exemplo a um arquiteto, engenheiro ou diretor de trabalhos. Estes terceiros denominam-se de comissários, de acordo com o artigo 1209.º n.º 2 do CC. Com a delegação destes poderes é necessário, em primeiro lugar, verificar qual a extensão desses direitos.

Frequentemente, o dono da obra delega poderes ao comissário para este aceitar ou ordenar o empreiteiro a efetuar a empreitada de uma forma diferente da que estava prevista no plano convencionado entre as partes. Apesar disso, uma parte da doutrina é da opinião que o comissário nomeado não tem autorização para ordenar alterações ao plano convencionado, mas tem a possibilidade de as recomendar ao dono da obra⁶².

Moitinho de Almeida⁶³ nega a possibilidade de o comissário ordenar alterações que possam modificar radicalmente a substância ou a forma da obra pois essa possibilidade, apenas está presente na esfera jurídica do dono da obra. Por outro lado, o comissário tem a possibilidade de exigir alterações de cariz técnico. Por conseguinte, o comissário não tem a

⁶² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.467.; ALMEIDA, José Carlos Moitinho de – *A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro*. Lisboa: [s.n.], 1973, pp.8-9.

⁶³ ALMDEIDA, José Carlos Moitinho de – *A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro*. Lisboa: [s.n.], 1973, pp.8-9.

possibilidade (de livre e espontânea vontade) de exigir ao empreiteiro que este construa um prédio com cinco andares quando estava inicialmente previsto um prédio de dois andares. Apesar disso, tem a possibilidade de exigir ao empreiteiro que este utilize uma técnica de construção diferente da inicialmente estipulada tendo em vista, por exemplo, o cumprimento das regras dos materiais utilizados. Tal situação apenas se aplica quando o dono da obra não tenha celebrado um acordo com o comissário, para precaver as situações em que é necessário alterar o plano convencionado. A celebração desta convenção entre o dono da obra e o comissário só contribui para a celeridade da concretização da obra.

Neste caso, se existir a delegação de tais poderes a declaração do comissário tem o mesmo valor de uma declaração dada pelo comitente. Apesar de o dono da obra conferir tal poder ao comissário, o empreiteiro não tem obrigação de aceitar instruções se considerar que o poder delegado está a ser excedido. O empreiteiro fica adstrito de confirmar tais alterações com o dono da obra, porém, se não o fizer e seguir as instruções do comissário poderá ser responsabilizado contratualmente perante o dono da obra⁶⁴. Se por algum motivo o comissário praticar um facto ilícito a obrigação de indemnizar recaí sobre o dono da obra, de acordo com o artigo 500.º do CC.

Sempre que dono da obra encarregue um terceiro para fiscalizar uma empreitada estes estão a celebrar, entre si, um contrato de prestação de serviços, pelo que se existir algum defeito na obra, devido ao mau cumprimento das funções de fiscalização, não é o comissário que tem a obrigação de indemnizar o dono da obra, mas sim, o empreiteiro que se encontra a realizar a empreitada. Se o comissário, no âmbito das suas funções de fiscalização não as cumprir com o devido rigor, ou seja, praticar algum ato omissivo de acompanhamento ou fiscalização, e daí resultar na má execução da obra, tornando-a defeituosa, o comissário irá ser responsabilizado, se o dono da obra provar que existiu um nexo causalidade entre o mau cumprimento das funções e a má execução da obra. No acórdão do STJ de 24 de março de 2015⁶⁵, relatado por Silva Salazar, foi mencionada a questão do nexo de causalidade.

No sumário do respetivo acórdão é referido o seguinte:

“I - A devolução do preço pago por conta da empreitada contratada (a construção de uma moradia) apenas poderá ser pedida, pela autora, à ré sociedade,

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.275.

⁶⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 698/08.ITCSNT.L1.S1*, de 24-03-2015. Relator: Silva Salazar.

por ter sido com esta que contratou, não havendo como responsabilizar disso o réu, diretor técnico da obra, que não é parte do contrato e que dessa quantia nada recebeu.

II - Incumbindo o réu, diretor técnico da obra, da obrigação de fiscalização, em nome da autora e a título de comissário desta, nos termos do art. 1209.º, n.º 2, do CC, entende-se que celebraram entre si um contrato de prestação de serviços.

III - É de excluir a obrigação do réu indemnizar a autora, se esta não alegou nem provou onexo causal entre algum ato omissivo de acompanhamento ou fiscalização de que tivesse resultado má execução da obra.”.

Porém, é de realçar que apesar de o dono da obra delegar tais poderes, não perde a possibilidade de ser ele próprio a efetuar a fiscalização da obra.

2.2. A imperatividade do direito de fiscalização

A maioria da doutrina defende que este direito nunca pode ser afastado pelas partes, e qualquer cláusula que imponha tal facto tem que ser considerada nula. Desta forma, a doutrina considera esta norma injuntiva⁶⁶. São da opinião que se fosse possível afastar esta cláusula do contrato de empreitada, o comitente não poderia verificar se a obra estava a ser executada de acordo com o plano convencionado, como, não teria conhecimento de qualquer defeito que fosse realizado pelo empreiteiro. Não teria, também, conhecimento acerca da qualidade dos materiais o que poderia fazer com que o empreiteiro utilizasse uns de qualidade inferior à acordada entre as partes. Ademais, se fosse possível afastar este direito o comitente perderia qualquer tipo de controlo de execução sobre a obra e estaríamos perante um contrato de venda de bens futuros e não de uma empreitada.

Apesar disso, Romano Martinez não partilha da posição defendida pela generalidade da doutrina, pois, entende que o comitente ao exercer o seu direito de fiscalização poderá ficar a saber de certos dados técnicos que até então não tinham sido revelados, como por

⁶⁶ SERRA, Vaz – Empreitada, *Boletim Ministério da Justiça, n.º 145*, Lisboa: (s.n.), 1965, p.130.; GUEDES, Agostinho Cardoso – “A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada, *Contratos: actualidade e evolução.*” Actas do congresso internacional. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p.317.; LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 870.; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.467; ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.276.

exemplo, uma nova técnica de tingir tecidos ou de perfuração de túneis⁶⁷. Desta forma, defende que as partes devem ter liberdade para decidir colocar alguma cláusula no contrato que permita limitar ou excluir este direito.

Podem, porém, as partes fixar períodos para ser efetuada a fiscalização, sendo que nesse caso poderá o empreiteiro salvaguardar os segredos indústrias, que não queira dar a conhecer ao dono da obra. Deste modo, as partes podem limitar o direito de fiscalização da obra por questões de segurança e não só por razões de proteção das técnicas que o empreiteiro visa proteger.

Na nossa opinião, consideramos que as partes devem adotar pelas doutrinas anteriormente expostas. Assim sendo, as partes não podem nunca afastar o direito de fiscalização, visto ser uma das principais características do contrato de empreitada. Se fosse permitido afastar este direito estaríamos perante um contrato de venda de bens futuros, já que o comitente deixaria de ter qualquer tipo de controlo sobre a empreitada que encomendou. Contudo, também percebemos a teoria defendida por Romano Martinez, pois, através da fiscalização o comitente poderá ficar a conhecer de determinadas técnicas ou segredos industriais que até ao momento não tinham sido revelados. Por essa razão concordamos com a limitação do direito da fiscalização, ou seja, ao definir-se determinados períodos para esta ser efetuada, salvaguardando-se os interesses do empreiteiro e assim não se elimina uma das principais características do contrato de empreitada. É importante frisar, que este direito é uma faculdade concedida ao empreiteiro, tal como podemos verificar no acórdão do TRL de 23 de Novembro de 2010⁶⁸, relatado por Luís Filipe Lameiras em que foi referido o seguinte:

“Estabelece este artigo que o dono da obra pode fiscalizar, à sua custa, a execução dela, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada. Esta fiscalização, que é uma mera faculdade do dono da obra, que a pode ou não exercer, consoante o seu livre critério e decisão, tem como fim principal impedir que o empreiteiro oculte vícios de difícil verificação no momento da entrega da obra.”.

⁶⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.370.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc.º 2753/08.9TJLSB.LI-7*, de 23–11–2010. Relator: Luís Filipe Lameiras.

2.3. A boa fé do dono da obra no uso do direito de fiscalização

O direito de fiscalização, como já tivemos oportunidade de referir, está presente na esfera jurídica do comitente, mas este não está obrigado a exercê-lo apesar de o dever fazer. Deve exercer este direito de boa-fé, pois, o dono da obra não pode exercer este direito e não indicar ao empreiteiro dos vícios que encontrou.

Caso o comitente não indique os defeitos, que encontrou durante a fiscalização da obra, não os deve indicar no momento da verificação final. Se assim o fizer o dono da obra será responsável pelos danos causados ao empreiteiro. Ao verificar a existência de defeitos e não os indicar ao empreiteiro está a *venire contra factum proprium*⁶⁹, visto que, o principal interesse do comitente é que a obra seja realizada de acordo com o plano convencionado e sem qualquer tipo de defeito.

Se verificar que existe um claro desvio do plano convencionado e não comunique ao empreiteiro, estamos perante um claro abuso de direito previsto no artigo 334.º do CC. Caso o dono da obra tenha conhecimento dos defeitos e só os indicar no momento da verificação não existe razão para o beneficiar o dono da obra e prejudicar o empreiteiro⁷⁰.

Em suma, nem toda a doutrina é da opinião de que o dono da obra tem de comunicar ao empreiteiro os defeitos que deteta, uma vez que a letra da lei (artigo 1209.º nº 2 do CC) refere que o dono da obra pode fazer valer os seus direitos no final do contrato, mesmo que os defeitos sejam aparentes ou notória a má execução da obra. Apesar disso, a maioria da doutrina não partilha da mesma opinião que Menezes Leitão⁷¹, considerando que o dono da obra ao não comunicar a existência dos defeitos por ele encontrados está a agir de má fé e a ir contra os seus próprios interesses.

⁶⁹ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.371.

⁷⁰ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.276.

⁷¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.468.

V – DENÚNCIA DO DEFEITO

1. FACTOS DE IRRESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO

O artigo 1219.º do CC que iremos analisar posteriormente teve como fonte a primeira parte do artigo 1667.º do Código Civil Italiano que diz o seguinte: “*A garantia não é devida se o comprador aceitou o trabalho e as discrepâncias ou defeitos fossem conhecidos por ele ou fossem reconhecíveis, desde que, neste caso, não estivessem de má fé ocultos pelo contratante.*”.

O regime da denúncia dos defeitos está previsto no artigo 1220.º do CC, mas convém, em primeiro lugar, enunciar as situações em que o empreiteiro não é responsável pelos defeitos existentes. Assim sendo, de acordo com o artigo 1219.º do CC, o empreiteiro não é responsável pelos defeitos da obra se o dono a tiver aceite sem reserva com o efetivo conhecimento deles.

O conceito “*defeitos da obra*”, previsto no artigo 1219.º do CC, é considerado amplo, pois, abrange tudo que se mostra convencionado de maneira diferente com o plano convencionado pelas partes. Neste sentido, num acórdão do STJ de 13 de maio de 2008⁷², relatado por, Mário Cruz, foi referido o seguinte:

“I - A expressão “Defeitos da obra” utilizada no CC contempla um significado amplo, onde se mostram incluídos tudo o que se mostra executado em condições diferentes do convencionado sejam eles vícios ou deficiências que respeitem à aptidão e/ou funcionalidade para uso ordinário, sejam eles diferenças que assentem na aplicação de materiais ou design não conformes aos previstos, ou ainda a erros ou omissões não justificáveis face ao contrato ou à legis artis.”.

Se o comitente no decorrer da obra, ao exercer o seu direito de fiscalização, verificar a existência de defeitos ou for notória a má execução da empreitada e tiver concordado expressamente com estes, não existe razão para culpabilizar, mais tarde, o empreiteiro, tal como indica o artigo 1209.º n.º2 do CC.

⁷² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 08A475*, de 13-05-2008. Relator: Mário Cruz.

O empreiteiro não poderá ser responsabilizado, como já vimos anteriormente, se o defeito resultar de um projeto mal convencionado ou tenha resultado de exigências dadas pelo comitente⁷³. Apesar disso, já foi referido que nestas hipóteses o empreiteiro, como técnico da arte, tem o dever de comunicar ao dono da obra os erros que deteta, conforme menciona o artigo 573.º do CC. Se o empreiteiro conseguir provar que não teria como ter conhecimento de tais defeitos ou que a existência dos mesmos se deve às exigências do comitente fica desresponsabilizado dos defeitos existentes na empreitada.

A responsabilidade do empreiteiro mantém-se se o dono da obra a tiver aceite, mas tenha denunciado os defeitos existentes com o objetivo de exercer algum direito - previsto no artigo 1221.º a 1223.º do CC que iremos abordar posteriormente – e se o dono da obra tiver aceite a obra sem reserva, mas não tenha conhecimento dos defeitos existentes na obra, podendo, mais tarde - nos termos do artigo 1220.º do CC - denunciar os defeitos existentes.

Pode acontecer, como refere Pedro Albuquerque e Raimundo Assis⁷⁴, que o dono da obra tenha efetivo conhecimento dos defeitos ocultos realizados na empreitada. Deste modo, pode ter sido informado por um funcionário do empreiteiro da existência de defeitos ocultos realizados na empreitada. Ademais, o próprio empreiteiro pode ter confessado ao comitente a existência de determinados defeitos no decorrer da fiscalização da obra ou até no momento da verificação final. Se o dono da obra, mesmo assim, aceitar a obra sem reserva não é possível culpabilizar o empreiteiro.

O n.º2 do artigo 1219.º do CC refere que, presumem-se conhecidos os defeitos aparentes tenha ou não existido verificação da obra. O dono da obra pode sempre provar que apesar da aparência dos defeitos não tinha conhecimento dos mesmos quando a aceitou sem reserva.

Tal como o nome indica os sinais aparentes são os que se identificam por sinais visíveis. Se o comitente pretendia que a casa fosse pintada de branco e o empreiteiro a tenha pintado com outro tipo de cor estamos perante um defeito visível e que qualquer pessoa média⁷⁵ consegue facilmente identificar. Contudo, se a verificação é feita por um leigo nas regras da arte e os defeitos apenas são visíveis para um técnico com conhecimentos na

⁷³ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.476.

⁷⁴ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)* Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.413.

⁷⁵ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 893.

construção civil -por exemplo, se a empreitada for a construção de um edifício - esses defeitos deixam de ser aparentes e passam a ser considerados ocultos⁷⁶. Apesar disso, e utilizando a mesma situação, se o dono da obra não tiver qualquer conhecimento das regras da arte e se se fizer acompanhar por um especialista, o defeito talvez já não seja considerado oculto, mas sim visível, visto que, o que importa são os conhecimentos efetivos do técnico e não os do comitente.

2. DENÚNCIA DOS DEFEITOS

Como mencionado no início do capítulo anterior, o regime da denúncia dos defeitos está previsto no artigo 1220.º do CC. Tal como o artigo 1219.º do CC, o artigo 1220.º do CC baseou-se, também, no artigo 1667.º do Código Civil Italiano. Diz-nos este preceito que o dono da obra deve - sob pena de caducidade dos direitos conferidos nos artigos 1221.º a 1223.º do CC - denunciar os defeitos da obra ao empreiteiro, no prazo de trinta dias, após o descobrimento dos mesmos. Assim sendo, sempre que o comitente verifique defeitos na obra que não sejam aparentes deve, no prazo de 30 dias, comunicar ao empreiteiro a existência desses defeitos bem como mencionar qual dos direitos, previstos no artigo 1221.º a 1223.º, pretende exercer.

O prazo de 30 dias conferido pelo legislador serve, sobretudo, para proteger o empreiteiro, pois, interessa a este saber de forma célere quais as suas obrigações perante a existência de defeitos na obra que realizou e evitar, desta forma, o aumento de prejuízos.

Existem determinadas ocasiões em que o dono da obra não necessita de comunicar os defeitos existentes ao empreiteiro. Desta forma, não é necessário comunicar os defeitos ao empreiteiro quando este tenha reconhecido a existência de defeitos no momento em que a obra é aceite, tal como indica o artigo 1220.º n.º 2 do CC. A denúncia por parte do comitente nestas situações era inútil, visto que já existe um reconhecimento por parte do empreiteiro.

Para além disso, a maioria da doutrina⁷⁷ defende que nas situações em que o empreiteiro encobrir dolosamente algum defeito não existe necessidade de efetuar a

⁷⁶ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.415.

⁷⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.481.; ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)* Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.418.; VILALONGA, José Manuel – *Compra e Venda e Empreitada – Contributo para a distinção entre os*

comunicação, visto que, o empreiteiro ao encobrir os defeitos já tem conhecimento efetivo sobre os mesmos. Ademais, quem encobre um defeito não precisa de ser informado da existência do mesmo. Antunes Varela e Pires de Lima são da opinião que nos casos de dolo ou de má fé, por parte do empreiteiro, o comitente pode na mesma efetuar a denúncia, nos termos do artigo 1220.º do CC, cumprindo com o prazo de trinta dias⁷⁸.

Para os autores Romano Martinez, Pedro Albuquerque e Miguel Assis Raimundo, José Manuel Vilalonga e por último Cura Mariano⁷⁹, deve ser aplicado, por analogia, o artigo 916.º n.º1 do CC que, refere que “*o comprador deve denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, exceto se este houver usado dolo*”. Pode o dono da obra, se verificados os requisitos de anulação, decidir anular a aceitação da obra por erro ou dolo.

Relativamente, aos prazos para a denúncia, nos casos de dolo ou má fé por parte do empreiteiro, não existe qualquer prazo para efetuar a denúncia porque, de outra forma, o infrator iria ser beneficiado se algum dos prazos fosse ultrapassado⁸⁰. Assim sendo, o prazo de trinta dias, previsto no artigo 1220.º do CC, bem como o prazo de dois e cinco anos, previsto nos artigos 1224.º n.º2 e 1225.º n.º1 do CC, não se contabilizam. Desta forma, o comitente tem o prazo de um ano, após o conhecimento dos defeitos, para exercer judicialmente os seus direitos⁸¹. Não era compreensível que o dono da obra fosse prejudicado por não ter conhecimento dos defeitos que dolosamente foram encobertos pelo empreiteiro.

O regime jurídico português não prevê nenhum requisito formal para a denúncia, sendo desta forma aplicado as regras do artigo 217.º e seguintes do CC. Para se tornar eficaz a única condição é que a mesma chegue às mãos do empreiteiro, de acordo com o artigo 224.º do CC. O comitente não está obrigado, no momento da denúncia, a indicar os direitos, previstos nos artigos 1221.º a 1223.º, que pretende exercer. Porém, é vital indicar os defeitos existentes na empreitada. Nas situações em que o comitente não indique na denúncia os direitos que pretende exercer, o empreiteiro não tem a obrigação de satisfazer prontamente os direitos da outra parte. Desta forma, é mais vantajoso para o dono da obra indicar na

dois contratos. *Revista da Ordem de Advogados*, n.º 57. 1, Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1997, p.213.

⁷⁸ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 895.

⁷⁹ MARIANO, João Cura – *A responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da Obra*. 6ªEd, Coimbra: Almedina, 2015, pp.114-115.

⁸⁰ ALMDEIDA, José Carlos Moitinho de – *A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro*. Lisboa: [s.n.], 1973, p.26.

⁸¹ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.419.

denúncia os direitos que pretende exercer⁸², para tornar mais célere a resolução do problema. Estes direitos são exercidos posteriormente ao momento da denúncia, sendo que esta apenas funciona como mera condição de uso de tais direitos.

Se o comitente pretender recorrer aos meios judiciais, para exercer os seus direitos, terá de fazer prova que efetuou a denúncia e esta foi recebida pelo empreiteiro, nos termos do artigo 342.º do CC. Sendo provado que o comitente realizou a denúncia ao empreiteiro, este, tem a possibilidade de provar que o defeito não foi culpa sua, como também, que esta foi realizada fora do prazo de trinta dias. No acórdão do TRP de 25 de março de 2004⁸³, relatado por Fernando Baptista, foi demonstrado o seguinte que passamos a citar:

“Porém, a existência do defeito é um facto constitutivo dos direitos do dono da obra, em conformidade com o estatuído no artº 342º, nº1, do CC. Pelo que cabe a este a respectiva prova.

No entanto, quando se fala em defeito da obra, evidentemente que - pelos próprios termos - se refere à obra feita pelo empreiteiro. O mesmo é dizer - e reportando-nos ao caso presente - que o dono da obra tem de provar que a obra lhe foi entregue com defeitos.

E, como vimos, não obstante os defeitos que a viatura do réu apresenta, não logrou o mesmo provar que tais defeitos existissem à data da realização da obra - do levantamento da viatura - e, portanto, que se trate de defeitos da obra realizada pela autora e não de defeitos que, porventura, tivessem surgido supervenientemente.

Portanto, o empreiteiro tem tão só o ónus da prova do cumprimento (artº 342º, nº1, CC). Nada mais! Cabendo à contraparte a demonstração de que o cumprimento foi defeituoso (artº 342º, nº2, do mesmo Código).”.

Para concluir, se o dono da obra pretender exercer algum dos direitos previstos no artigo 1221.º a 1223.º do CC não fica inibido de usufruir dos restantes⁸⁴. A utilização de um

⁸² LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 895.

⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – *Proc.º 0431239*, de 25-03-2004. Relator: Fernando Baptista.

⁸⁴ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 895.

dos direitos não o impossibilita de recorrer aos restantes, contudo, é necessário cumprir com o prazo de caducidade previsto no artigo 1224.º do CC.

3. ELIMINAÇÃO DOS DEFEITOS E REALIZAÇÃO DE OBRA NOVA

O primeiro direito do dono da obra relativo à denúncia dos defeitos, que irá ser alvo de análise, está previsto no artigo 1221.º do CC. O dono da obra após efetuar a denúncia do defeito tem a possibilidade de requerer a eliminação dos defeitos ou, no caso de não ser possível serem eliminados, requerer uma nova construção.

A única diferença entre ambos os direitos é que na eliminação de defeitos já existe algo construído, que se mantém, sendo apenas necessário proceder à eliminação dos defeitos. Quanto ao segundo direito terá que ser realizada uma obra de raiz. A possibilidade de ser exercido um direito em relação ao outro irá depender da extensão dos defeitos existentes. Porém, estes direitos tem uma ligação de encadeamento, ou seja, apenas poderá ser exercido um direito se não tiver sido possível exercer o anterior. De forma a tornar claro esta ideia, o dono da obra não pode, desde logo, exigir que o empreiteiro realize a construção de nova empreitada. Em primeiro lugar, terá que requerer a eliminação dos defeitos e só depois, se não for possível, requerer a realização de nova empreitada. Esta posição é defendida num acórdão do TRC de 16 de setembro de 2008⁸⁵, relatado por Sílvia Pires, em que foi referido o seguinte:

“II – Perante a existência de defeitos na obra, o primeiro direito, direito principal ou direito regra que assiste ao dono da mesma é o da sua eliminação – artº 1221º, nº 1, 1ª parte, do C. Civ..

III – Se os defeitos não forem elimináveis, o dono da obra tem direito a nova construção – artº 1221º, nº 1, 2ª parte, do C.Civ. -, o que se traduz num direito de exercício subsidiário relativamente ao direito de eliminação dos defeitos.

V – Estes direitos são de exercício subsidiário, relativamente aos direitos de eliminação dos defeitos e de realização de nova construção, mas a relação entre eles é de exercício alternativo, com uma restrição – a opção pela resolução só pode ser tomada nos casos em que a obra se revele inadequada ao fim a que se destina.”.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra– *Proc.º 1/2002.C3*, de 16-09-2008. Relator: Sílvia Pires.

Em sentido idêntico o Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) no acórdão de 29 de outubro de 2003⁸⁶, relatado por Rosa Tching onde, em síntese, foi dito o seguinte:

“1º- Em caso de cumprimento defeituoso, a lei concede ao dono da obra, cinco meios jurídicos de actuação, no sentido de por cobro aos aludidos defeitos:

A) O de exigir a reparação das deficiências, se puderem ser eliminadas, ou;

B) A realização de obra nova, salvo se as respectivas despesas forem desproporcionadas em relação ao proveito a obter - artigo 1221, n.ºs 1 e 2 do C. Civil - com carácter precípua sobre os demais, como melhor forma de alcançar a reconstituição natural, consagrada pelos artigos 562º e 566º, do C. Civil;

2º- Tratam-se, todavia, de direitos que não podem ser exercidos arbitrariamente, mas sim sucessivamente e pela ordem acabada de indicar.”.

Como podemos verificar estes direitos, e os restantes - que iremos analisar posteriormente - têm que ser exercidos de forma articulada sendo que, só poderá ser exercido o seguinte, se tiver sido esgotado o anterior.

Porém, o empreiteiro não tem a obrigação de proceder à eliminação dos defeitos ou à construção de obra nova. Se o empreiteiro se recusar, o comitente tem a possibilidade de requerer judicialmente que a prestação seja cumprida, de acordo com o artigo 817.º do CC. Se depois de condenado, o empreiteiro recusar-se a cumprir com a sua obrigação, o dono da obra pode requerer a execução específica da prestação, nos termos do artigo 828.º do CC, se a empreitada for fungível⁸⁷.

O comitente ao abrigo do nosso sistema jurídico não tem, desde logo, a possibilidade de reparar os defeitos ou a reconstruir a obra à custa do empreiteiro. Desta forma, só recorrendo ao artigo 828.º do CC é que podem ser eliminados os defeitos ou construída nova obra por um terceiro à custa do empreiteiro, como podemos apurar no acórdão do STJ de 7 de julho de 2010⁸⁸, relatado por Ferreira de Almeida:

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães– *Proc.1749/03-1º*, de 29-10-2003. Relator: Rosa Tching.

⁸⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.482.

⁸⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 31/04.ITBTMC.SI.*, de 07-07-2010. Relator: Ferreira de Almeida.

“I. A não eliminação dos defeitos (oportunamente denunciados pelo dono da obra ao empreiteiro) não confere àquele o direito de, de per si (directamente) ou por intermédio de terceiro, eliminar os defeitos reclamando, posteriormente, do empreiteiro o pagamento das despesas efectuadas, bem como o de exigir do obrigado (por antecipação) o adiantamento da verba necessária ao respectivo custeio.

II. O dono da obra (como credor de uma prestação de facto fungível) só poderá adregar um tal resultado através do recurso à via judicial, obtendo a condenação do empreiteiro nessa eliminação e, em caso de incumprimento do dictat condenatório, requerer, em subsequente execução (execução específica), o respectivo cumprimento, por terceiro à custa de devedor (art.ºs 828.º do CC e 936.º, n.º 1, do CPC).

III. Trata-se, pois, de um direito potestativo de exercício judicial, não legitimador de qualquer acção directa geral ou especial (de carácter unilateral) por banda do dono da obra, não podendo este substituir-se ao empreiteiro, eliminando sponte sua e de motu próprio os defeitos ou vícios da obra e apresentar-lhe seguidamente a conta das despesas, assim procedendo, em administração directa, à eliminação dos defeitos ou à realização de nova obra (autotutela não consentida por lei). Isto a menos que se trate de reparações objectivamente urgentes, prementes ou necessárias (não tendo o empreiteiro procedido atempadamente à sua eliminação), casos em que o dono da obra poderá agir com base nos princípios da acção directa geral ou do estado de necessidade plasmados nos art.ºs 336.º e 339.º, ambos do CC.”.

Em sentido oposto, encontra-se, Adriano Vaz Serra que no anteprojecto do contrato de empreitada⁸⁹ refere o seguinte: “*Se o empreiteiro se constituir em mora de eliminar os defeitos da obra, pode o dono da obra proceder a essa eliminação e reclamar a indemnização por despesas necessárias*”. Apesar de constar no anteprojecto o legislador decidiu que não existia necessidade de prescindir da via judicial.

Caso a prestação seja infungível o comitente tem a possibilidade de requerer, por via judicial, o pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso do empreiteiro na reparação, nos termos do artigo 829.º- A do CC.

⁸⁹ SERRA, Vaz – Empreitada, *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 146, Lisboa: (s.n.), 1965, pp. 33-247.

As despesas que advenham da remoção dos defeitos ou da realização de nova construção são imputadas ao empreiteiro. Tendo este como obrigação de realizar a empreitada sem defeitos, de acordo com o artigo 1208.º do CC, e se depois de entregue ao dono da obra esta apresentar qualquer tipo de defeito é justo responsabilizar o empreiteiro pelas despesas a mais que foram criadas por este.

É dada, também, a possibilidade de o empreiteiro decidir se opta pela eliminação dos defeitos ou pela construção de obra nova. Desta forma, como técnico da arte, o empreiteiro poderá verificar a gravidade e extensão dos defeitos existentes e averiguar se é possível proceder à eliminação dos mesmos⁹⁰. Não sendo possível, pode optar, como já ressaltamos, pela nova construção.

O regime da empreitada, previsto no CC, não prevê nenhum prazo para o empreiteiro eliminar os defeitos, destarte o comitente, pode fixar um prazo que seja considerado razoável para o empreiteiro promover a remoção dos defeitos existentes.

Apesar de não ser uma situação muito usual pode acontecer que, com a tentativa de reparação ou com a construção de obra nova, continuem presentes os defeitos já existentes. Na opinião de Pedro Albuquerque e Miguel Assis Raimundo, não faria sentido ter o dono da obra que recorrer novamente ao preceito previsto no artigo 1221.º. Na opinião dos autores, o dono da obra poderá recorrer à redução do preço ou até mesmo à resolução do contrato se o objeto da empreitada for inapropriado para o fim idealizado pelo dono da obra⁹¹.

O n.º2 do artigo 1221.º do CC, seguiu o preceituado no artigo 633.º n.º2 do Código Civil Alemão e do artigo 1668.º do Código Civil Italiano. Desta forma, cessa o direito da eliminação dos defeitos e da construção de obra nova sempre que as despesas para o empreiteiro forem desproporcionadas em relação ao proveito retirado pelo dono da obra. O legislador decidiu proteger o empreiteiro das situações em que as despesas sejam demasiado avultadas, tendo em conta o proveito que o dono da obra iria retirar do cumprimento da obrigação. Assim sendo, as alternativas que restam para o dono da obra é suportar os defeitos existentes e exigir a redução do preço. Não sendo os defeitos suportáveis pode o comitente lançar mão do direito de resolver o contrato⁹².

⁹⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.484.

⁹¹ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.428.

⁹² ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.424.

4. REDUÇÃO DO PREÇO E RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Dentro da panóplia de direitos existentes no regime da denúncia dos defeitos, surge o direito de o dono da obra exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, sendo que estes direitos estão profetizados no artigo 1222.º do CC.

Sempre que não tenha sido possível proceder à eliminação dos defeitos ou a uma nova construção o comitente pode exigir, se ainda tiver interesse na obra, a redução do preço convencionado⁹³. Porém, se a obra for inadequada, para o fim idealizado pelo comitente, este terá a possibilidade de resolver o contrato como iremos analisar posteriormente. Foi adotada esta solução porque apesar da obra conter determinados defeitos a mesma pode ser adequada para o fim determinado pelo comitente⁹⁴.

Tendo o empreiteiro obrigação de entregar a obra sem qualquer tipo de defeito, não seria justo para comitente ter que efetuar o pagamento da obra como se a mesma tivesse em perfeitas condições. Assim sendo, o legislador, de forma a estabelecer a igualdade entre as prestações, decidiu conceder ao comitente o direito de este poder pagar uma quantia inferior à convencionada entre as partes. Cabe ao dono da obra evidenciar que os defeitos criados pelo empreiteiro na realização da empreitada reduzem o valor da mesma⁹⁵.

A redução é feita de acordo com as regras aplicáveis à redução do preço no contrato de compra e venda, previsto no artigo 884.º n.º2, sendo utilizado como meio, a avaliação da empreitada. Apenas se recorre a este método se existir falta de acordo entre as partes.

Pode o dono da obra optar pela resolução do contrato, porém, tal como indica o artigo 1222.º n.º1 do CC, é necessário que a obra se torne inadequada para o fim que se destina. Deste modo, o comitente apenas poderá exercer este direito se deixar de ter interesse no cumprimento da prestação devido aos defeitos existentes. Não existe uma verdadeira alternativa entre estes direitos, visto que, apenas com a condição acima mencionada poderá ser exercido este direito⁹⁶.

⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - *Proc.º 1465/06.2TBFIG.C1.S1*, de 24-03-2015. Relator: Mário Mendes.

⁹⁴ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 897.

⁹⁵ MARIANO, João Cura – *A responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da Obra*. 6ªEd, Coimbra: Almedina, 2015, pp.130-131.

⁹⁶ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 897.

Desta forma, se o comitente encomendar um móvel feita à medida para colocar num determinado sítio e este não cumprir com esse requisito o objeto da empreitada tornou-se inadequado para o fim a que se destina, podendo neste caso o contrato ser resolvido⁹⁷. Apesar disso, pode o objeto da empreitada ser inadequado para o fim a que se destina e o comitente pretender recebê-la na mesma. Tendo em conta esta circunstância, já não há lugar à resolução do contrato visto que o comitente não perdeu interesse no cumprimento da prestação. Aceitando a obra com defeitos existentes, terá a possibilidade de exigir a redução do preço.

Num acórdão de 16 de janeiro de 2007⁹⁸, do TRC, relatada por Alexandrina Ferreira, discutiu-se a ideia de saber se o defeito existente apenas numa parte da moradia era motivo suficiente para que se possa operar a resolução do contrato. Deste modo, foi referido o seguinte:

“I- Ao dono da obra basta provar a existência de defeito, presumindo-se a culpa do empreiteiro que terá de provar a causa do defeito e que não provém de culpa sua.

II- Apresentando a obra defeitos que afectam o seu valor e a tornam inadequada ao fim a que se destina e recusando-se o empreiteiro a corrigir esses vícios pode o dono da obra resolver o contrato.

III- Destinando-se a obra a casa de habitação e apresentando infiltrações de humidade num quarto, que mostra manchas escuras, e uma ombreira que ameaça ruir, há fundamento para a resolução do contrato.”.

A resolução do contrato segue a regra geral, prevista no artigo 432.º e seguintes do CC⁹⁹. O artigo 434.º n.º1 indica, que a resolução do contrato tem efeitos retractivos, salvo se a retroatividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução. Assim sendo, o comitente depois de resolvido o contrato não está obrigado a proceder ao pagamento do

⁹⁷ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.487.

⁹⁸ Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, 16-01-2007 (Alexandrina Ferreira), *Coletânea Jurisprudência, Ano XXXII, Tomo I*, Coimbra: (s.n.), 2007, p. 5.

⁹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-09-1999 – *Boletim Ministério Justiça*, n.º 489, Lisboa: (s.n.), 1999, p. 402.

preço a que está adstrito. Caso já o tenha feito, em parte ou na totalidade, terá direito a ser ressarcido.

Surge-nos a questão de saber qual será o “futuro” da empreitada, realizada ou em execução após o contrato ser resolvido. Deste modo, tratando-se da construção de uma coisa móvel em que os materiais tenham sido fornecidos pelo empreiteiro, o dono da obra apenas pode resolver o contrato se tiver a possibilidade de a restituir ao empreiteiro de acordo com o artigo 432.º n.º2 do CC.

Sendo os materiais fornecidos pelo dono da obra, este pode exigir a demolição da obra ao empreiteiro e a devolução de materiais da mesma qualidade e género. Não sendo a restituição possível, está adstrito a entregar o valor correspondente.

Se estivermos perante uma empreitada de um bem imóvel em terreno do dono da obra - em que os materiais são fornecidos pelo empreiteiro - o dono da obra, ao resolver o contrato, tem a possibilidade de exigir a demolição do objeto da empreitada à custa do empreiteiro. Se os materiais são fornecidos pelo dono da obra, este tem a possibilidade de exigir a restituição dos mesmos ou, não sendo possível, que lhe sejam entregues uns de igual qualidade e género. Não existindo tais materiais tem direito ao valor dos mesmos¹⁰⁰.

Sendo a empreitada construída em solo pertencente ao empreiteiro e tendo os materiais sido fornecidos por este, não existe nenhuma problemática a resolver, visto que, a obra permanece na posse do empreiteiro¹⁰¹. Se os materiais, nesta hipótese, forem fornecidos pelo dono da obra, resta ao empreiteiro restituir o valor dos mesmos.

5. DIREITO DE INDEMNIZAÇÃO

O direito do comitente em ser indemnizado pelo empreiteiro não exclui a possibilidade de o primeiro recorrer aos restantes direitos. Como vimos, o comitente pode recorrer aos direitos previstos nos artigos 1221.º e 1222.º do CC. Apesar disso, o legislador decidiu não excluir o direito de indemnização, previsto no artigo 1223.º do CC, podendo o dono da obra exigir a eliminação dos defeitos, uma nova construção, a redução do preço ou até mesmo a resolução do contrato e mais tarde exigir uma indemnização pelos prejuízos

¹⁰⁰ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.489.

¹⁰¹ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.437.

causados¹⁰². Este juízo é, também, evidenciado num acórdão de 29 de outubro de 2010¹⁰³, do TRG, relatado por Rosa Tching, em que é dito o seguinte acerca desta temática:

“Daqui decorre que, em matéria de cumprimento defeituoso, nos contratos de empreitada, vigora o princípio de que a indemnização é subsidiária relativamente aos pedidos de eliminação de defeitos, de substituição da prestação e de redução do preço, só se justificando, por isso, a sua exigência, na medida que estes quatro direitos se não possam efetivar, ou em relação a prejuízos que não tenham ficado totalmente ressarcidos, quer seja exercido um conjunto com qualquer dos outros direitos, quer seja exercido de forma isolada.”.

Esta posição foi adotada pelo Código Civil Italiano no artigo 1668.º. Contudo, não é a posição defendida pelo Código Alemão, visto que este refere no artigo 635.º que o dono da obra apenas poderá escolher entre a redução do preço, a resolução do contrato ou o pedido de indemnização.

Este direito permite que o dono da obra seja ressarcido dos prejuízos que não foram totalmente reparados. O defeito existente pode ter sido eliminado, mas podem ter sido criados prejuízos para o dono da obra. Para melhor compreensão, imaginemos, a seguinte conjuntura: se o imóvel destinado ao comércio detém determinado defeito e apenas poderá ser entregue três meses depois da data acordada pelas partes, impossibilita, deste modo, que o dono da obra o possa arrendar. Sendo assim, a eliminação dos defeitos por parte do empreiteiro não irá compensar o dono da obra dos lucros que iria obter a partir do arrendamento do imóvel. Para evitar esse prejuízo pode o comitente exigir o direito à indemnização prevista no artigo 1223.º do CC.

Por outro lado, pode acontecer que sejam reparados os defeitos existentes e não haja lugar a uma indemnização por parte do empreiteiro, visto que, não foram criados prejuízos para o comitente¹⁰⁴.

¹⁰² MARTINEZ, Pedro Romano - *Cumprimento Defeituoso (Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada)*. Coimbra: Almedina, 2015, p.310.

¹⁰³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães – *Proc.1749/03-1º*, de 29-10-2003. Relator: Rosa Tching.

¹⁰⁴ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 899.

O direito à indemnização, tanto pode ser pelo interesse contratual positivo como pelo interesse contratual negativo¹⁰⁵. Relativamente ao interesse contratual positivo, o principal objetivo é colocar o dono da obra na posição que estaria se o contrato tivesse sido cumprido com normalidade. Pode então cumular-se a indemnização de interesse contratual positivo com o direito de eliminação dos defeitos; construção de obra nova e pelo o direito da redução do preço.

O interesse contratual negativo visa colocar o dono da obra na posição que este estava antes de celebrar o contrato de empreitada. Desta forma, pode a indemnização de interesse contratual negativo cumular-se com o direito de resolução do contrato.

Tem sido debatido pela doutrina¹⁰⁶ e pela jurisprudência, a possibilidade de o dono da obra resolver o contrato e exigir uma indemnização pelo interesse contratual positivo. Ambas entendem que o dono da obra não tem essa possibilidade, porque não faria sentido que se pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do contrato. Tal como refere Antunes Varela¹⁰⁷ a intenção do comitente é a seguinte: *“O que ele pretende, com a opção feita, é antes a exoneração da obrigação que, por seu lado, assumiu (ou a restituição da prestação que efetuou) e a reposição do seu património no estado em que se encontraria, se o contrato não tivesse sido celebrado (interesse contratual negativo)”*.

Entendeu-se no acórdão de 05 de maio de 2005¹⁰⁸, do TRL, relatado por Fátima Galante, que se fosse dada a possibilidade de o dono da obra exigir uma indemnização de interesse contratual positivo, nos casos de resolução do contrato, este acabaria por ser ressarcido de todos os prejuízos existentes, como se tivesse optado pelo normal cumprimento do contrato. Desta forma, não era cumprido o efeito da retroatividade atribuído à resolução do contrato. Para além disso, se o dono da obra pretender resolver o contrato pode cumular o exercício deste direito com a indemnização, prevista no artigo 1224.º do CC, mas, esta apenas pode assentar nos prejuízos causados pela celebração do contrato. É referido também no acórdão acima mencionado que *“para a fixação do quantum indemnizatório só pode*

¹⁰⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.490.

¹⁰⁶ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 899.; MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.490.

¹⁰⁷ VARELA, Antunes - *Das Obrigações em Geral*. Vol. II, 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.109.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc. 2999/2005-6*, de 05-05-2005. Relator: Fátima Galante.

relevar a diferença entre a situação patrimonial atual do comitente e aquela que provavelmente teria se não tivesse celebrado o contrato.”

A este direito de indemnização aplicam-se as regras gerais previstas nos artigos 562.º e ss. do CC. Segundo o preceito previsto no artigo 562.º do CC “*quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”. Aplicando, por analogia, o artigo mencionado ao contrato de empreitada, podemos concluir que o empreiteiro tem a obrigação de reconstituir o dono da obra dos prejuízos causados colocando este último na posição que estaria caso não se tivesse verificado o defeito. Recorrendo ao exemplo anteriormente demonstrado, do imóvel destinado ao comércio, o empreiteiro tem a obrigação de indemnizar o dono da obra dos danos emergentes e dos lucros cessantes correspondentes às rendas ou às despesas extras com funcionários¹⁰⁹. Deste modo, de acordo com o artigo 563.º do CC, é necessário que o dono da obra prove o nexo de causalidade entre o defeito causado pelo empreiteiro e o prejuízo que este lhe causou. O tribunal no momento em que estipula o valor a indemnizar, tem que ter em conta não só o prejuízo causado (defeito existente na empreitada) como também os benefícios que o lesado deixou de obter (lucros cessantes) devido à lesão causada pelo empreiteiro¹¹⁰.

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc.1139/10.0 TJLSB.L1-1*, de 27-01-2015. Relator: Pedro Brighton.

¹¹⁰ Artigo 564. n.º 1 do Código Civil.

CONCLUSÃO

Através deste estudo podemos tecer variadíssimas conclusões acerca do direito de fiscalização, que iremos passar a enumerar.

O direito de fiscalização é um direito bastante recente, tendo apenas sido adicionado à esfera jurídica do dono da obra pelo atual CC. É de referir que nem no CCP nem no CS é feita qualquer tipo de menção a este direito.

O direito de fiscalização do dono da obra, exposto no artigo 1209º. do CC, refere, que o dono da obra tem direito a fiscalizar a empreitada, à sua custa, desde que não ponha em causa o normal andamento dos trabalhos. A primeira conclusão, que podemos retirar, após a leitura deste artigo, é que o dono da obra está obrigado a suportar o custo da fiscalização, mas nada impede que as partes acordem em contrário e as despesas sejam a cargo do empreiteiro¹¹¹.

É possível verificar, com o artigo exposto, que o dono da obra está obrigado a agir de boa fé, não podendo perturbar o bom funcionamento da empreitada. O empreiteiro, por sua vez, tem como dever colocar à disposição do dono da obra o local da empreitada para este ter condições para proceder à fiscalização¹¹².

O principal objetivo deste direito é o de verificar se a obra está a ser realizada conforme o que as partes acordaram, como também, se estão a ser observadas as regras da arte¹¹³. Por conseguinte, através deste direito o dono da obra consegue estar a par do desenvolvimento da obra e torna mais difícil que o empreiteiro oculte, de alguma forma, defeitos por ele criados, durante a execução da obra e que não lhe queira dar conhecimento. O dono da obra tem interesse em fiscalizar a obra para conseguir efetuar avisos ao empreiteiro, a fim de evitar que a obra seja executada de forma a que, mais tarde, não possa ser aceite por ser considerada defeituosa. Desta forma, evita-se a criação de despesas inúteis para ambas as partes e torna-se mais fácil garantir o principal interesse do dono da obra, que é a realização e aceitação da empreitada¹¹⁴.

¹¹¹ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.274.

¹¹² LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*. Vol. II, 4.ª Ed, Coimbra: Coimbra Editoria, 2010, p. 870.

¹¹³ SERRA, Vaz – *Empreitada*, *Boletim Ministério da Justiça*, n.º 145, Lisboa: (s.n.), 1965, p.129.

¹¹⁴ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.274.

A grande problemática em torno do direito de fiscalização centra-se na possibilidade deste direito poder ou não ser afastado pelas partes. Apesar de até ao momento a jurisprudência ainda não ter opinado acerca desta questão, têm surgido bastantes questões entre a doutrina acerca deste tema. A maioria da doutrina defende que este direito nunca pode ser afastado pelas partes, sendo que qualquer cláusula que imponha tal facto tem que ser considerada nula. Os autores defendem que se fosse possível afastar esta cláusula do contrato de empreitada, o comitente não poderia verificar se a obra estava a ser corretamente executada de acordo com o plano, como não teria conhecimento de qualquer defeito que fosse realizado pelo empreiteiro. Ademais, se fosse possível afastar este direito, o comitente perderia qualquer tipo de controlo de execução sobre a obra e estaríamos perante um contrato de venda de bens futuros e não de uma empreitada¹¹⁵. Apesar disso, Romano Martinez não partilha da posição defendida pela generalidade da doutrina, pois, entende que o comitente ao exercer o seu direito de fiscalização poderá ficar a saber de certos dados técnicos¹¹⁶.

Na nossa opinião, consideramos que as partes devem adotar pelas doutrinas anteriormente expostas. Assim sendo, as partes não podem nunca afastar o direito de fiscalização, visto ser uma das principais características do contrato de empreitada. Porém, também percebemos a teoria defendida por Romano Martinez, pois, através da fiscalização o comitente poderá ficar a conhecer determinadas técnicas ou segredos industriais, que até ao momento não tinham sido revelados. Por essa razão concordamos com a limitação do direito da fiscalização, ou seja, definir-se determinados períodos para esta ser efetuada, salvaguardando-se os interesses do empreiteiro e não se elimina uma das principais características do contrato de empreitada.

Tendo em conta o artigo 1209.º n.º2 do CC, o direito de fiscalização pode ser exercido pelo dono da obra como por um terceiro. Esse terceiro é denominado por comissário a quem o dono da obra delega poderes para fiscalizar a obra em seu nome. Neste caso, se existir a delegação de tais poderes a declaração do comissário tem o mesmo valor de uma declaração dada pelo comitente¹¹⁷. Apesar de o dono da obra conferir tal poder ao comissário, o empreiteiro não tem obrigação de aceitar instruções se considerar que o poder delegado está

¹¹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.467.

¹¹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.370.

¹¹⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.275.

a ser excedido. Neste caso o empreiteiro fica adstrito de confirmar tais alterações com o dono da obra, porém, se não o fizer e seguir as instruções do comissário poderá ser responsável contratualmente perante o dono da obra.

A última problemática subjacente a este direito é a de saber se o dono da obra tem a obrigação de comunicar ao empreiteiro todos os defeitos, que encontrou na empreitada. O direito de fiscalização é um direito e por essa razão, o dono da obra não está obrigado a exercê-lo apesar de o dever fazer. Deve exercer esse direito de boa-fé, por isso o dono da obra não pode exercer este direito e não indicar ao empreiteiro dos vícios que encontrou. Ao verificar a existência de defeitos e não os indicar ao empreiteiro está a *venire contra factum proprium*, visto que, o principal interesse do comitente é que a obra seja realizada de acordo com o plano convencionado e sem qualquer tipo de defeito¹¹⁸.

Se o dono da obra verificar que existe um claro desvio do plano convencionado e não comunicar ao empreiteiro estamos perante um claro abuso de direito previsto no artigo 334.º do CC. Se o mesmo tiver conhecimento dos defeitos e só os indicar no momento da verificação não existe razão para o beneficiar e prejudicar o empreiteiro¹¹⁹.

Por outro lado, nem toda a doutrina é da opinião de que o dono da obra tem de comunicar ao empreiteiro os defeitos que deteta, visto que a letra da lei¹²⁰ refere que o dono da obra pode fazer valer os seus direitos no final do contrato mesmo que os defeitos sejam aparentes ou notória a má execução da obra¹²¹.

O direito da fiscalização é deveras importante, visto ser um dos fatores que contribui para celeridade da conclusão da obra, pois, as partes podem verificar se o plano convencionado está ou não a ser cumprido. É, também, considerado um mecanismo de segurança concedido ao dono da obra, porque através deste o empreiteiro terá mais dificuldade em ocultar determinados defeitos que não queira dar a conhecer.

Em conclusão, o dono da obra para denunciar qualquer defeito existente na empreitada tem a possibilidade de recorrer a um conjunto de direitos previstos nos artigos 1221º a 1223º do CC. Assim, em primeira instância caso exista um defeito na empreitada o dono da obra terá a possibilidade de exigir ao empreiteiro que o elimine ou exigir uma nova

¹¹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.371.

¹¹⁹ ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p.279.

¹²⁰ Artigo 1209º n.º2. do Código Civil.

¹²¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*. Vol. III, 15ª Ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.468.

construção, quando não seja possível eliminar o defeito (Art. 1221º do CC). De seguida, o dono da obra poderá requerer ao empreiteiro a redução do preço ou até mesmo a resolução do contrato (Art. 1222º do CC), se o defeito identificado não for eliminado ou não for possível realizar uma nova construção para o suprimir. Ou seja, caso não seja possível eliminar o defeito ou realizar uma nova construção o dono da obra poderá exigir a redução do preço. No entanto, se porventura esse defeito tornar a empreitada inadequada para o fim idealizado pode o dono da obra exigir a resolução do contrato. Por último, o dono da obra pode recorrer ao direito de indemnização (Art. 1223º do CC), sendo que este direito é cumulável com os direitos anteriormente expostos visto que o defeito pode ter sido suprimido, mas resultarem na mesma prejuízos para o dono da obra que não foram totalmente reparados.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis – *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, Vol. II 2.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5416-9.

ALMDEIDA, José Carlos Moitinho de – *A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro*. Lisboa: [s.n.], 1973.

ALMEDINA, Edições – *Código Civil*, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978– 972– 40– 7090–2.

CORREIA, A. Ferrer e MESQUITA, M. Henrique - Anotação Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 03 novembro 1983, *Revista Ordem de Advogados*, n.º 1. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1995. ISSN 0870–8118, pp. 129-148.

GOMES, Orlando – *Contratos*, 26.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. ISBN 978-85-309-2520-8.

GUEDES, Agostinho Cardoso – *A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada*, *Contratos: Actualidade e Evolução Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991*. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações (Contratos em Especial)*, Vol. III. 15.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978–972–40–7559-4.

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*, Vol.II. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978–972–32–0788–0.

MARIANO, João Cura - *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5865-8.

MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial)*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978–972–40–1547–7.

MARTINEZ, Pedro Romano – *Cumprimento Defeituoso Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6029-3.

NACIONAL, Imprensa – *Código Civil Portuguez*. 2.^aEd. Lisboa: [s.n] 1868 p. 240-242.

NETO, Abílio - *Código Civil Anotado*, 20.^a ed., Lisboa: Ediforum, 2018. ISBN 978-989-84-3819-5.

PITÃO, José António de França – *Contrato de Empreitada*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4584-9.

SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz - *Empreitada*, *Boletim Ministério Justiça*, 145. Lisboa: [s.n.], 1965.

SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz - *Empreitada*, *Boletim Ministério Justiça*, 146. Lisboa: [s.n.], 1965.

SILVA, João Calvão Da – Direitos de Autor, Cláusula Penal e Sanção Pecuniária Compulsória. *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 47. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1987. ISSN 0870–8118.

UNIVERSIDADE, Imprensa da (ED.) – *Código Commercial Portuguez*. Coimbra: [s.n.], 1878.

VARELA, Antunes – Anotação Acórdão Supremo Tribunal De Justiça, de 03 novembro 1983, *Revista Ordem de Advogados*, n.º 45. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1985. ISSN 0870–8118, pp.159-197.

VARELA, Antunes – *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, 7.ª Reimpressão da 7.ª ed. de 1997, Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-1040-3.

VILALONGA, José Manuel – Compra e Venda e Empreitada – Contributo para a distinção entre os dois contratos. *Revista da Ordem de Advogados*, n.º 57. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1997. ISSN 0870-8118.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 070604*, de 03 de novembro de 1983. Relator: Santos Silveira.

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 06A3716*, de 21 de novembro de 2006. Relator: Sebastião Póvoas.

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 889/04.4TBVCD.SI*, de 19 novembro de 2009. Relator: Urbano Dias.

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 144/10.0TBCNT.CI.SI*, de 30 de maio de 2015. Relator: Pires da Rosa.

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 698/08.ITCSNT.LI.SI*, de 24 de março de 2015. Relator: Silva Salazar.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 08A475*, de 13 de maio de 2008. Relator: Mário Cruz.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 31/04.1TBTMC.S1.*, de 07 de julho de 2010. Relator: Ferreira de Almeida.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – *Proc.º 1465/06.2TBFIG.C1.S1*, de 24 de março de 2015. Relator: Mário Mendes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra – *Proc.º 1/2002.C3*, de 16 de setembro de 2008. Relator: Sílvia Pires.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora – *Proc.º 2759/07-2*, de 13 de março de 2008. Relator: Almeida Simões.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães – *Proc. 1749/03-1º*, de 29 de outubro de 2003. Relator: Rosa Tching.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães – *Proc. 1749/03-1º*, de 29 de outubro de 2003. Relator: Rosa Tching.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc.º 3270/04.1TVLSB.L2-2*, de 14 de abril de 2011. Relator: Ondina Carmo Alves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc.º 2753/08.9TJLSB.L1-7*, de 23 de novembro de 2010. Relator: Luís Filipe Lameiras.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc. 2999/2005-6*, de 05 de maio de 2005. Relator: Fátima Galante.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – *Proc. 1139/10.0 TJLSB.L1-1*, de 27 de janeiro de 2015. Relator: Pedro Brighton.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – *Proc.º 0857245*, de 09 de fevereiro de 2009. Relator: Adelaide Domingos.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – *Proc.º 0431239*, de 25 de março de 2004. Relator: Fernando Baptista.